This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

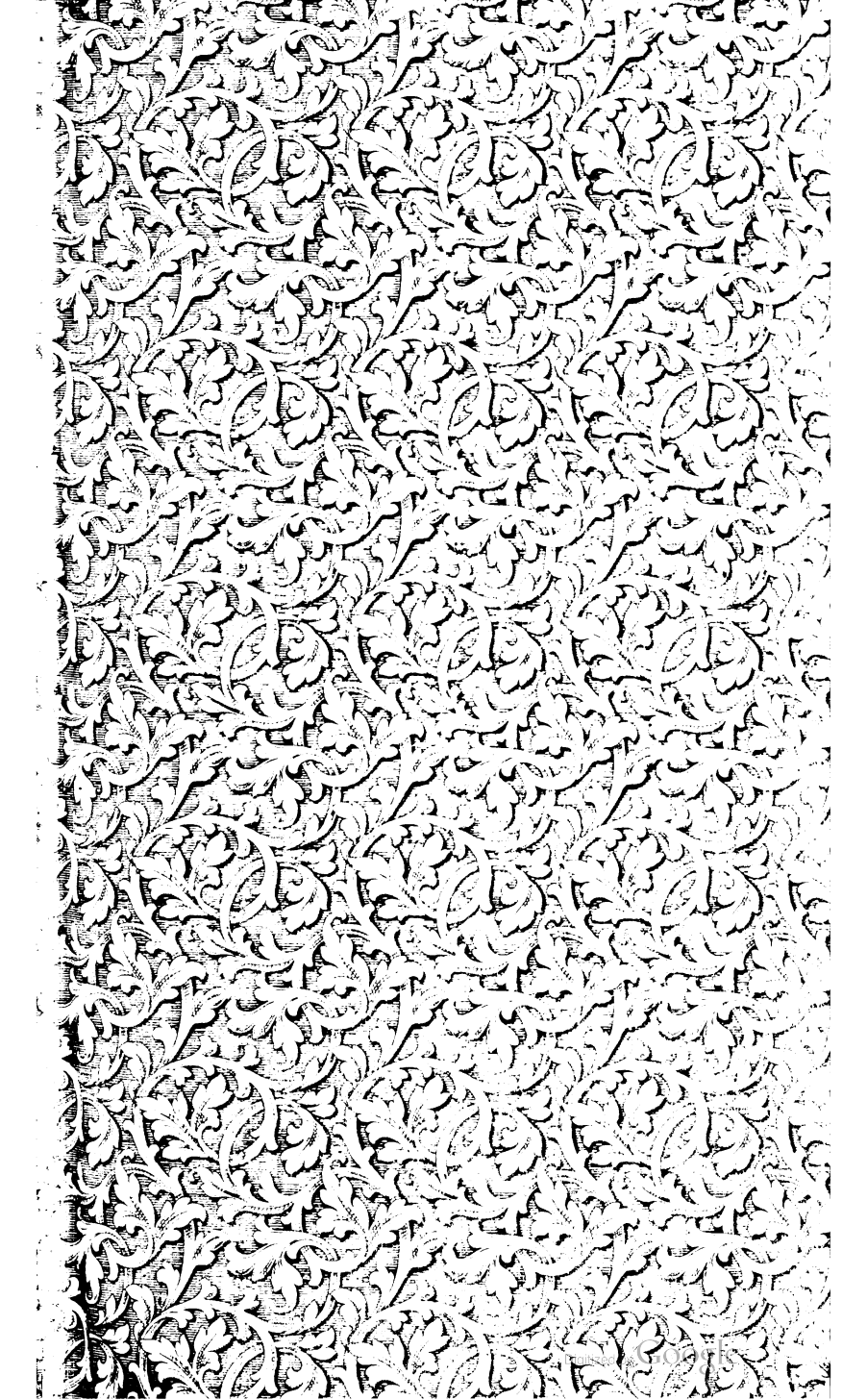
Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

HDI
HL 0Y0Q 0

HARVARD LAW LIBRARY.

Received Jan. 21, 1903

Digitized by Google



Digitized by Google

Digitized by Google

Archiv

für

das Civil- und Criminal-Recht

der

Königl. Preuß. Rheinprovinzen.

Herausgegeben

unter Mitwirkung

von Mitgliedern des öffentl. Ministeriums und des Advokatenstandes beim Rheinischen Appellations-Gerichtshofe zu Köln.

Fünfundsechszigster Band.

Erste Abtheilung.

Köln am Rhein,
Druck und Verlag von Peter Schmitz.
1874.

Digitized by Google

Archiv

für

das Civil- und Criminal-Recht

der

Königl. Preuß. Rheinprovinzen.

Herausgegeben

unter Mitwirkung

von Mitgliedern des öffentl. Ministeriums und des Advokatenstandes beim Rheinischen Appellations-Gerichtshofe zu Köln.

Neue Folge.

Achtundfünfzigster Band.

Erste Abtheilung.

Köln am Rhein,
Druck und Verlag von Peter Schmitz.
1874.

Digitized by Google

Rec. Jan. 21, 1903

Digitized by Google

Inhalt.

Erste Abtheilung.

Seite.

Abtritt. Gemeinschaftliche Grube. Baulosigkeit. Verpflichtung zur Wiederherstellung 126

Abtrittsgrube. Gemeinschaftlichkeit. Last der Reinigung. Miteigenthum. Dienstbarkeit 129

Accreditiv. Papier auf den Inhaber. Commissionsauftrag zur Remittirung einer Summe Geldes an einen gewissen Ort . . . 46

Accreditiv. Zahlungsmandat. Indossament 190

Aktien-Gesellschaft. Erhöhung des Grund-Kapitals. Aenderung des Gesellschafts-Statuts. Eintragung in's Handelsregister . . 112

Aktien-Gesellschaft. Notarielle Beurkundung des Statuts. Mitwirkung von Bevollmächtigten. Form der von der Gesellschaft ausgehenden Bekanntmachungen. Vertreter einer offenen Handels-Gesellschaft. Wahl in den Aufsichtsrath 150

Alignement. Entschädigungspflicht. Erbreiterung einer Staatsstraße, die zugleich dem städtischen Verkehr dient. Beschränkung des Eigenthums. Reglement. Art. 544 des B. G.-B. 104

Anwalts-Act. Sicheres Datum. Verzicht auf die Einrede der Incompetenz. Anfechtung durch einen Gläubiger. Arrestanlage gegen einen Bewohner der alten Provinzen. Forum arresti . . 70

Anweisung. Unwiderruflichkeit. Falliment 202

Ausländer. Klage auf Trennung von Tisch und Bett. Competenz inländischer Gerichte 264

Außergerichtliche Theilung. Schenkung zum Zwecke einer solchen. Untrennbarkeit der Theilungs-Verhandlungen. Vereinbarung zum Verkaufe von Immobilien. Genügende Bezeichnung der Verkaufs-Objecte und Angabe der Kaufbedingungen 55

Beneficiarerbe. Verzichtleistung. Einmischung in den Nachlaß . . 257

Bergbau. Beschädigung. Ersatz Wiederherstellung 200

Berufbarkeit. Appellable Summe. Verbindung zweier Klagen . . 189

Digitized by Google

Seite.
Berufung. Appellable Summe. Vollziehung 272
Berufung. Appellable Summe. Wiederklage 219
Berufung. Unannehmbarkeit. Protestatio facto contraria . . . 121
Berufungsakt. Zustellung an Ausländer 109
Bezirksstraße. Städtische Straße. Alignement. Entschädigung . . 219
Concession zur Anlage einer Eisenbahnbrücke auf einem öffentlichen Flusse. Beeinträchtigung der Fischerei durch den Brückenbau. Garantiepflicht der Königl. Regierung als Verpächter in der Fischerei. Rechtsverhältniß zwischen der Staatsregierung und einer Eisenbahn-Gesellschaft aus der Concessions-Ertheilung. Haftpflicht der Eisenbahn-Gesellschaft gegenüber dem Staate gemäß §. 20 des Gesetzes vom 3. November 1838 139
Contumacial-Urtheil. Einspruch. Incompetenz-Einrede 183
Distanzgeschäft. Genehmigung der gekauften Waare. Verzollung und Abfuhr vom Zollhofe 132
Ehe ohne Gütergemeinschaft. Sondergut der Ehefrau. Verbesserungen. Ersatzanspruch des Ehemannes 260
Ehefrau. Bürgschaft. Autorisation des Ehemannes 59
Ehescheidung. Verurtheilung zur Zuchthausstrafe. Peine infamante 118
Ehescheidungsprozedur. Interlokut. Berufung 260
Eisenbahn-Gesellschaft. Haftbarkeit. Betriebs-Reglement 37
Eisenbahn-Gesellschaft. Haftbarkeit. Bösliche Handlungsweise. Rollfuhr-Unternehmer 25
Eisenbahn-Gesellschaft. Unfall. Haftpflicht 24
Eisenbahn. Transport in unbedeckten Wagen. Haftpflicht . . . 208
Eisenbahnverband. Betriebsunternehmer. Unfall. Verbandspackmeister. 223
Eisenbahn. Verlust des Frachtgutes. Ersatzanspruch des Absenders. Wiederauffindung des Gutes 228
Eltern. Unterhalt der Kinder. Ersatz. Sonder-Vermögen. Güter-Gemeinschaft. Mobilar-Erbschaft. Sonderschuld. Confusion. . . 66
Expropriation. Entschädigung. Werthverminderung. Baupolizei-Reglement 215
Falliment. Hypotheken-Erwerbung. Nichtigkeit. Concordat . . . 184
Falliment. Provisorischer Syndik. Verfügung über Immobilarrechte des Falliten 232
Fallit-Erklärung. Recht des Schuldners Rechtsmittel der Berufung 202
Fallit-Erklärung. Zahlungs-Einstellung. Nichthandelsschuld . . 30
Feuer-Versicherung. Perfection des Versicherungs-Vertrages. Stellung des Agenten 60
Garantieklage. Berufung. Trennung der Garantieklage von der Hauptklage in zweiter Instanz 206

Digitized by Google

Seite.
Gesellschaft. Liquidation. Einsicht der Bücher. Bevollmächtiger . . 217
Gesellschaft. Liquidator. Klage. Concurrenz des Mitliquidators . . 254
Gewerbe-Gerichte. Competenz derselben. Buchdruckerei-Faktor. Klage wegen Salair 123
Gütertrennung. Einspruch der Gläubiger. Frist 263
Gütertrennungs-Urtheil. Nichtigkeit mangels Vollstreckung. Verzicht des Ehemannes auf die desfallsige Einrede 196
Handelsgesellschaft. Falliment. Liquidations-Verfahren 3
Katholisches Pfarrhaus. Beitragspflicht. Pfarrgemeinde. Civilgemeinde 186
Kauf einer Waare. Qualitäts-Mangel. Andere Sache. Verjährung der Klage des Käufers 10
Kaufvertrag über Immobilien. Auflösung. Schadenersatz-Klage. Collision der Gesetze 75
Klageerweiterung. Erkenntniß-Stempel 39
Kriegsleistungen. Exekutionsrecht der Gemeinden. Zulässigkeit des Rechtsweges 135
Kriegsleistungen. Vergütung. Competenz 43
Nichterscheinen vor dem Vergleichsbüreau. Versagung des rechtlichen Gehörs. Contumacial-Urtheil gegen Anwalt. Gläubiger. Ausübung der Rechte des Schuldners. Elterliche Theilung. Nichterfüllung der Bedingungen. Widerruf 78
Ort des Vertragsabschlusses. Ort der Ueberlieferung der Waare. Competenz. Art. 420 al. 2 der B.-Pr.-O. 74
Privatfluß. Benutzungsrecht der Uferbesitzer. Ersitzung. Gewerbliche Anlagen. Streit über das Maaß der Benutzung. Richterliches Ermessen. Verunreinigung des Wassers. Competenz der Gerichte 84
Privilegium der Miterben. Inscription. Notar. Verantwortlichkeit 94
Retentionsrecht, kaufmännisches. Eventuelle Forderung. Unbefugte Retention einer refüsirten Waare. Folgen derselben 192
Schenkung. Widerruf wegen nachgeborner Kinder 7
Spediteur. Haftbarkeit. Competenz im Falle mehrerer Beklagten . 33
Stempel. Kaufvertrag. Kaufmännischer Lieferungsvertrag 169
Stempel. Vertrag über den Austritt eines Gesellschafters aus einer offenen Handels-Gesellschaft 147
Stempel. Vertrag über die Gründung einer Aktien-Gesellschaft . . 284
Sterbe-Urkunde. Verspätete Eintragung. Rectifikations-Verfahren . 22
Subhastation. Einspruch. Berufung 101
Subhastation. Hypothekarschuldner. Drittbesitzer 16
Subhastation. Rechte des evinzirten Drittbesitzers gegenüber seinem Verkäufer. Meliorationen 175
Subhastation. Schuldner. Drittbesitzer 98

Digitized by Google

Seite.

Subhastations-Verfahren. Vormund. Mitschuldner. Dritter. Anfechtung des Subhastations-Verfahrens durch letztern. Dolus des Vormundes. Exekution gegen einen der Miterben. Héretier apparent. Rechtsgültigkeit eines von diesem vorgenommenen Verkaufs 156

Subrogation, gesetzliche gemäß Art. 1251 Nro. 1 des B. G.-B. Beschränkung des desfallsigen Rechtes des nachstehenden Gläubigers. Vereinigung der collidirenden Interessen der Gläubiger 170

Testament. Diktiren. Nichtigkeit. Notar. Verantwortlichkeit. . . 166

Testament. Kinder. Enkel 1

Testirfähigkeit. Nonne. Allgem. Preuß. Landrecht 19

Uebergebots-Verfahren. Bürge. Beweis der Zahlungsfähigkeit. 210

Vereinigung zu einem Lieferungsgeschäfte. Ort des Vertragsabschlusses. Ort der Lieferung der Waare. Competenz. Art. 420 alinea 2 u. 3 der B. Pr.-O. 107

Vertrag über Vermittelung einer Heirath. Ungültigkeit 42

Wechselklage. Bereicherungsklage. Unzulässige Klage-Aenderung . . 212

Wechsel. Mandat 121

Zeuge. Reproche. Certifikat. Geometer 150

Zeugenverhör. Prorogation der Beweisfrist. Vollendung des Verhörs. Nichtigkeit 211

Digitized by Google

Zweite Abtheilung.

A. Rechtsentscheidungen des Königl. Obertribunals und des Reichs-Ober-Handels-Gerichts.

Seite.

Arrest. Erklärung des Drittarrestaten. Verurtheilung als unbedingter Schuldner 22

Assisen. Erklärung der Geschwornen. Erledigung der Thatfrage. Unzulässigkeit des Angeklagten zu den Verhandlungen 38

Assisen. Präsident. Resume. 58

Besitz. Eigenthumsbesitz. Ausübung eines Rechtes an einer fremden Sache. Wegegerechtigkeit. Ersitzung. Oeffentlicher Weg. Rechtliche Vermuthung für Eigenthumsbesitz 31

Bürgschaft für einen Immobilar-Kaufpreis. Zahlung des Bürgen. Auflösung des Kaufvertrages. Rückforderungsrecht des Bürgen . . 50

Compensation. Cession. Créance postérieure. Art. 1295 des B. G.-B. 72

Contumazialurtheil. Vollziehung. Handelsschuld. Zeugenbeweis . . 93

Eisenbahn. Declaration des Interesses an rechtzeitiger Lieferung. Beweis des entstandenen Schadens. 65

Eisenbahn. Unfall. Beschränkung der Haftpflicht. Gesetz vom 3. Mai 1869. 87

Eisenbahn. Unfall. Betrieb. Haftbarkeit 77

Hypothekenbestellung der sämmtlichen Miteigenthümer. Bedeutung des Art. 838 B. G.-B. 3

Katholische Kirche. Oeffentliche Beschimpfung der Einrichtungen und Gebräuche derselben. Altkatholiken 18

Lebensversicherungs-Police. Verpfändung. Bewegliche Sache. Inhaber-Papiere. Retentions-Recht 13

Politischer Verein. Strafbarkeit der Verbindung solcher Vereine. Gesetz v. 11. März 1850 §§. 8, 16 61

Reichs-Ober-H.-G. Instruktion der Rechtsmittel. Anwalt. Rhein. Prozeßrecht. Eisenbahn-Gesellschaft. Haftbarkeit. Beschädigung des Frachtgutes. Normalsatz 14

Digitized by Google

Seite.

Reichs-Ober-Handelsgericht. Zuständigkeit. Instruction der Rechtsmittel. Quittung über die Hinterlegung der Succumbenzgelder. Formalien des Cassations-Rekurses nach §. 1 des Gesetzes vom 13. October 1843 21

Richter. Verhinderung. Zuziehung eines Advokaten 100

Strafurtheil. Deklaration des Inhalts. Verfügung der Staatsanwaltschaft über den Beginn einer anerkannten Freiheitsstrafe. Beschwerde des Condemnaten 107

Stempel. Lieferungsvertrag. Unbestimmtheit der Quantität der Leistung 102

Wechsel. Verjährung. Verpflichtung des Acceptanten zur Rückgabe der empfangenen Deckung. Bereicherungsklage. 82

Zeuge. Untersuchungsrichter. Verweigerung des Zeugnisses. Zwang durch Verhaftung 42

Zinsen. Schadensersatz-Forderung aus einer rechtswidrigen Handlung. 69

B. Landgerichtliche Entscheidungen, Ministerial-Rescripte und juristische Abhandlungen.

Jagd. Wilde Kaninchen 111

Digitized by Google

Erste Abtheilung.

Entscheidungen merkwürdiger, bei dem Rhein. Appellationshofe verhandelter Rechtsfälle.

Digitized by Google

Digitized by Google

Testament. — Kinder. — Enkel.

Der in einem Testamente gebrauchte Ausdruck „Kinder" schließt nicht nothwendig die Enkel aus.

Ob eine solche Ausschließung anzunehmen sei, hängt von der im einzelnen Falle zu ermittelnden Intention des Testators ab.*)

Wesenmeyer.— Thomas und Conf.

Der zu Sinzig verstorbene Pfarrer Johann Joseph Simons hatte durch eigenhändiges Testament vom 8. Dezember 1869 die „Kinder" seiner beiden Schwestern, Ehefrau Schütz und Ehefrau Thomas zu seinen Erben eingesetzt. Ein Sohn der Letzteren war damals bereits verstorben, hatte aber einen minderjährigen Sohn hinterlassen. Dessen Vormund erhob nun beim Kgl. Landgerichte in Coblenz eine Klage auf Theilung des Nachlasses des pp. Simons gegen die 4 Kinder Schütz und die 2 Kinder Thomas. Die Letzteren setzten der Klage keinen Widerspruch entgegen, wogegen erstere deren Abweisung beantragten, weil durch das Testament des Erblassers nur die „Kinder" der beiden Schwestern, nicht aber der „Enkel" zur Erbschaft berufen seien.

Das Kgl. Landgericht trat dieser Auffassung bei und wies durch Urtheil vom 12. Oktober 1871 die Theilungsklage ab.

Auf die von dem Kläger eingelegte Berufung erkannte der Hof reformatorisch aus folgenden Gründen:

J. E., daß der Ausdruck „Kinder" die Enkel mit Nothwendigkeit weder ausschließt, noch umfaßt, vielmehr aus den concurrirenden Umständen das eine oder andere zu entnehmen ist;

---

*) Vgl. Archiv Bd. 49. S. 330.

Digitized by Google

Daß im vorliegenden Falle der Testator, unverehelicht, als Intestaterben seine Schwestern hatte, und in seinem Testament — abgesehen von den besondern Legaten — nirgend andeutet, daß er im Allgemeinen die Intestaterbfolge ausschließen und andern dritten Personen sein Vermögen zuwenden wolle, seine Erklärungen vielmehr zeigen, daß er aus besondern nicht ausgedrückten, aber nicht feindlichen Motiven das Vermögen nicht seinen Schwestern persönlich, sondern deren Kindern übermachen wollte, womit er zeigt, daß er, abgesehen von dieser Besonderheit das Vermögen der Familie, wie es ihr nach dem Gesetz zukam, auch belassen wollte, was auch die Erklärung desselben, er habe, was seiner Schwester gesetzlich zukomme, ihren Kindern vermacht, bestätigt;

J. E., daß überhaupt bei solchen Dispositionen zu Gunsten der nächsten Verwandten, die sich an die Intestaterbfolge anschließen, Abweichungen von derselben nicht zu präsumiren, die Dispositionen vielmehr dieser gemäß zu interpretiren sind, soweit der Wortlaut oder sonst erhebliche Umstände dem nicht entgegenstehn, dergleichen aber in den jetzigen Beweisartikulationen der Appellaten nicht zu finden sind;

Daß für die Appellaten auch nicht angeführt werden kann, daß der Testator eine Theilung unter den Kindern der Schwestern nach Köpfen verordnet habe, weil auch in dieser Beziehung der Wortlaut der Annahme einer Theilung nach Stämmen, so daß die Hälfte den Kindern der einen, die andere Hälfte den Kindern der andern Schwester zufalle, keineswegs entgegensteht, der §. 15 aber, worin der Testator sagt: er habe den Kindern seiner Schwester Anna Maria das vermacht, was ihr gesetzlich würde zugestanden haben, offenbar der letztern Auffassung das Wort redet;

J. E., daß hiernach nicht anzunehmen, daß der Testator seinen Enkel gänzlich habe ausschließen wollen, was, wenn beabsichtigt, bestimmt auszudrücken, ihm nahe gelegen hätte, zumal, wenn die jetzt von den Appellaten zum Beweise artikulirten Thatsachen in Wirklichkeit begründet wären;

J. E., daß hiernach unter Annahme der Berufung der Theilungsklage Statt zu geben ist, und Parteien zum ferneren desfallsigen Verfahren in die erste Instanz zu verweisen sind.

II. Senat. Sitzung vom 22. November 1872.

Advokaten: Schlink — Herbertz — Wiedemann.

Digitized by Google

Handelsgesellschaft. — Falliment. — Liquidations-Verfahren.

Nach Beendigung des Falliments einer Handels-Gesellschaft durch Concordat hat die noch nicht erfolgte Versilberung der Masse und Auseinandersetzung der Gesellschafter im Wege des Liquidations-Verfahrens, mit Ausschluß des sonst gestatteten gerichtlichen Theilungs-Verfahrens stattzufinden.

Elfes — Elfes.

Zwischen Wilhelm Heinrich Elfes und Victor Cornelius Elfes bestanden zwei Handelsgesellschaften, die eine unter der Firma Victor Cornelius Elfes u. Comp., die andere unter der Firma C. N. Elfes zu Neuß. Die Gesellschaft Victor Cornelius Elfes u. Comp. war durch Urtheil des Kgl. Handelsgerichtes vom 26. Mai 1865 aufgelöst worden und in Liquidation getreten, und wurde demnächst als „Gesellschaft V. C. Elfes u. Comp. in Liquidation" fallit erklärt.

In dieser Lage schlossen die Gesellschafter ein Concordat, und übertrugen hierbei die Masse einem Dritten.

Inzwischen hatte auch die Gesellschaft C. N. Elfes fallirt und hatten hier die Gesellschafter durch ein Concordat gegen Versprechen von 5 % die noch nicht liquidirte Masse übernommen.

Wilhelm Heinrich Elfes klagte nunmehr gegen Victor Corn. Elfes bei dem Kgl. Handelsgerichte zu Crefeld, um sich verurtheilen zu hören:

1) mit dem Kläger die Liquidation und Theilung der zwischen den Parteien gemeinschaftlichen Handlungen unter den Firmen C. N. Elfes und V. C. Elfes u. Comp. vorzunehmen;

2) zu diesem Behufe mit dem Kläger einen Liquidator zu ernennen, widrigenfalls derselbe von dem Handelsgerichte ernannt werden solle;

3) dem Kläger schon jetzt folgende der Firma C. N. Elfes eigenthümlich zustehende Werthe a) von 15 Kuxen an 8 Bergwerken Union, b) von 9 Stück Aktien der Neußer Bergbau-Gesellschaft u. s. w. zur Hälfte herauszugeben, jedenfalls diese Kuxen u. s. w. an den zu ernennenden Liquidator auszuhändigen;

Digitized by Google

4) sämmtliche Geschäftsscripturen, Bücher, Briefe, Verträge ꝛc., welche auf die beiden Gesellschaften Bezug haben, und welche sich in den Händen des Verklagten befinden, dem Liquidator auszuhändigen.

Verklagter trug auf Abweisung der Klage an, weil das Liquidations-Verfahren durch die stattgehabten Fälliterklärungen der beiden Gesellschaften ausgeschlossen sei.

Durch Urtheil des Kgl. Handelsgerichtes vom 15. Septbr. 1871 wurde die Klage abgewiesen. Auf die vom Kläger eingelegte Berufung erließ der Hof das nachstehende reformatorische Erkenntniß:

J. E., anlangend die Zulässigkeit des vom Haupt-Appellanten verlangten Liquidations-Verfahrens:

Daß der Zweck der Liquidation einer aufgelösten Gesellschaft und der des Fallimentsverfahrens bei einer durch Fälliterklärung aufgelösten Gesellschaft durchaus verschieden ist, indem das letztere im Interesse der Gläubiger eintritt und die Versilberung der Activ-Masse, sowie die Vertheilung derselben an die Gläubiger zum Gegenstande hat, während das erstere nur im Interesse der Gesellschafter eintritt, indem das H.-G.-B. an der Stelle der bei andern Gemeinschaftsmassen gestatteten gerichtlichen Auseinandersetzungen ein der Natur der zu liquidirenden Masse entsprechendes außergerichtliches Verfahren anordnet, dessen Zweck nicht bloß die zweckmäßig herbeizuführende Versilberung der Masse, sondern schließlich auch die Auseinandersetzung der Gesellschafter bezüglich ihrer gegenseitigen Rechte und Pflichten ist, — eine Auseinandersetzung, die im Concurs-Verfahren selbst dann nicht herbeigeführt wird, wenn dasselbe nicht durch Concordat, sondern durch regelmäßige Durchführung desselben zu Ende geführt wird;

Daß daher aus der Natur des Rechtsverhältnisses nur folgt, daß das bei aufgelösten Handelsgesellschaften eintretende Liquidations-Verfahren im Falle der Auflösung der Gesellschaft durch Zahlungseinstellung oder im Falle der Fälliterklärung einer bereits in Liquidation befindlichen Gesellschaft das gerichtliche Concursverfahren nicht ausschließt, vielmehr hinter demselben zurücktritt, wohingegen aus der Natur der Sache kein Grund dafür entnommen werden kann, daß nach Beendigung des Concurses sowohl die etwa noch nicht erfolgte Versilberung der Masse als die jedenfalls noch erübrigende Auseinandersetzung der Gesell-

Digitized by Google

schafter nicht im Wege des Liquidations-Verfahrens, mit Ausschluß des sonst gestatteten gerichtlichen Theilungs-Verfahrens stattfinde;

Daß hiernach, sowie unter Berücksichtigung der Vorberathungen zum Allg. D. H. G.-B. (Prot. p. 250) nur angenommen werden kann, daß, wenn dem ursprünglich ganz allgemein lautenden Art. 128 (jetzt Art. 133) des Preuß. Entwurfs der beschränkende Zusatz: „sofern nicht über die Gesellschaft Concurs eröffnet ist"; oder in der jetzigen Fassung: „außer dem Falle des Concurses" eingefügt wurde, hiermit nur gesagt werden sollte, daß nicht gleich dem sonstigen gerichtlichen Auseinandersetzungs-Verfahren auch das gerichtliche Concurs-Verfahren ausgeschlossen sein sollte;

J. E., daß, was die beiden zwischen den Parteien bestanden habenden Handelsgesellschaften betrifft, zunächst der durch Urtheil herbeigeführte Fallitzustand der Gesellschaft „Gebrüder Elfes" dadurch beendet worden ist, daß die beiden Gesellschafter durch ein gerichtlich bestätigtes Concordat gegen Versprechen von 5 % die noch nicht liquidirte Masse wieder übernommen haben;

Daß daher für die Versilberung der Masse und die Auseinandersetzung der Gesellschafter das Liquidations-Verfahren einzutreten hat;

Daß zunächst nach gesetzlicher Vorschrift die beiden Gesellschafter die Liquidatoren sind, insofern nicht durch gemeinsamen Beschluß der Gesellschafter oder aus wichtigen Gründen durch den Richter eine andere Bestimmung getroffen ist;

Daß der Appellant durch die Entfernung seines Wohnsitzes vom Domizil der aufgelösten Gesellschaft verhindert ist, an dieser Liquidation Theil zu nehmen, der Appellat aber um deswillen mit der Liquidation für sich allein nicht betraut bleiben kann, weil aus den Verhandlungen und den vorgelegten Akten zu entnehmen ist, daß es sich bei dieser Liquidation wesentlich auch von den Verpflichtungen handelt, welche dem Appellaten gegenüber der Gesellschaft obliegen, sonach gesetzlich der Fall der Ernennung der Liquidatoren durch den Richter vorliegt;

Daß dieser richterlichen Ernennung auch der Umstand nicht entgegensteht, daß durch vom Appellanten nicht mehr bestrittene Vollmacht vom 11. September 1867 der Appellant den Appellaten beauftragt hat, alles dasjenige vorzunehmen, was zur Regulirung und Liquidation der Gesellschaft nothwendig ist, — da, wenn man diese Ermächtigung nur als eine Seitens des einen

Digitized by Google

Liquidators dem Andern ertheilte Vollmacht betrachtet, dieselbe jederzeit widerrufbar und durch die Klage genügend widerrufen ist, — und ebenso, wenn man darin eine Zustimmung des Einen der beiden Gesellschafter dazu findet, daß der andere Gesellschafter der einzige Liquidator sein solle, doch auch eine solche Ernennung durch den Richter aus den vorangeführten Gründen widerrufen werden kann, und die Klage in ihrer Fassung auch einen solchen Widerruf ihrem Sinne nach, eventuell mit umfaßt;

Daß daher dem Verlangen des Appellanten auf Ernennung eines Dritten zum Liquidator Statt zu geben ist;

J. E., daß dagegen das weitere Verlangen des Appellanten, bezüglich der jetzt schon auszusprechenden Verurtheilung des Appellaten zur Herausgabe der Hälfte der fraglichen Kuxe und Actien zur Zeit nicht gerechtfertigt ist, da eben erst bei der Auseinandersetzung des zwischen den Parteien bestehenden Rechtsverhältnisses sich zu ergeben hat, welches der Bestand der Activen der Gesellschaftsmasse ist, und welche Quote derselben dem Hauptappellanten zusteht, so daß zur Zeit nur gesagt werden kann, daß der Hauptappellat über den Verbleib des in seinen Händen gewesenen gesellschaftlichen Vermögens Rechnung zu legen und eventuell dasselbe zur Masse zu bringen hat, sonach zur Zeit auch nicht ausgesprochen werden kann, daß Appellat zu dieser Repräsentation der fraglichen Effecten verpflichtet sei;

Daß dagegen die Seitens des Hauptappellanten beantragte Herausgabe der Bücher, Briefe, Geschäfts-Scripturen, Verträge u. s. w. an den Liquidator selbstredend begründet ist;

J. E., was die Gesellschaft V. C. Elfes u. Comp. betrifft, — daß diese Gesellschaft bereits vor dem ihre Falliterklärung aussprechenden Urtheile kraft frühern Urtheils in Liquidation erklärt worden und ausdrücklich als „Gesellschaft V. C. Elfes u. Comp. in Liquidation“ fallit erklärt worden ist;

Daß daher dieser Liquidationszustaud durch die Falliments-erklärung nicht aufgehört hat, fernerhin aber auch dadurch nicht erledigt ist, daß in dem von den Gesellschaftern abgeschlossenen Concordate die Activmasse einem Dritten übertragen worden ist, da auch nach dieser Uebertragung noch immer die Auseinandersetzung der Gesellschafter als Gegenstand des Liquidations-Verfahrens erübrigt;

Daß zwar durch das die Liquidation verordnende Urtheil

Digitized by Google

bereits ein Liquidator in der Person des Advokaten Jansen II. in Köln ernannt worden ist;

Daß es aber den Gesellschaftern zusteht, bei allseitiger Uebereinstimmung eine solche Ernennung zu widerrufen, und vorliegend ein solcher Widerruf darin gefunden werden muß, daß dieser ernannte Liquidator nach der bald nach seiner Ernennung erfolgten Falliterklärung der liquidirenden Gesellschaft gar nicht in Thätigkeit getreten ist, vielmehr die Gesellschafter selber, ohne Zuziehung jenes Liquidators, das über die Gesellschaftsmasse verfügende Concordat abgeschlossen haben;

Daß hiernach auch für diese Gesellschaft die Ernennung eines Liquidators zulässig ist, und in den bezüglich der Gesellschaft Gebr. Elfes hervorgehobenen Umständen ausreichend wichtige Gründe vorliegen, um auf Anrufen des Appellanten einen Dritten als Liquidator zu ernennen;

Aus diesen Gründen

verurtheilt der Kgl. Rh. A.-G.-H. unter Reformation des Urtheils des Kgl. Handelsgerichts zu Crefeld vom 15. Sept. pr. den Appellaten:

1) mit dem Appellanten die Liquidation und Theilung der zwischen den Parteien gemeinschaftlichen Handlungen unter der Firma Gebr. Elfes zu Neuß und der Firma V. C. Elfes u. Comp. in Liquidation zu Neuß mit Zweigniederlassung in Pfaffendorf vorzunehmen;

2) zu diesem Behufe mit dem Appellanten einen Liquidator zu ernennen; und beauftragt das Kgl. Handelsgericht zu Crefeld, falls die Parteien sich nicht einigen, mit der Ernennung eines solchen Liquidators;

3) verurtheilt ferner den Appellaten, sämmtliche Geschäfts-Scripturen, Bücher, Briefe und Verträge ꝛc. der beiden vorgenannten Handels-Gesellschaften, welche sich in seinen Händen befinden, dem Liquidator auszuhändigen.

III. Senat. Sitzung vom 20. Dezember 1872.

Advokaten: Nacken — Franken.

Schenkung — Widerruf wegen nachgeborner Kinder.

Ein vor der Schenkung unehelich gebornes und anerkanntes, jedoch erst nach der Schenkung

Digitized by Google

durch Ehe legitimirtes Kind steht bezüglich des Widerrufs einer Schenkung wegen nachgeborner Kinder einem vor der Schenkung vorhandenen ehelichen Kinde nicht gleich. Art. 960 des B. G.-B.

Hennes — Hennes.

J. E., daß ad I. der Klage der Richter a quo in seinem Urtheil vom 31. Oktober 1871 den Widerruf der Schenkung, die in dem Pachtvertrage vom 15. April 1863 verschleiert enthalten sein soll, mit Recht von dem Beweise des Mißverhältnisses der stipulirten Pacht zu dem wahren Pachtwerthe abhängig gemacht hat, indem der Art 960 des B. G.-B. die Revokation der Schenkungen ausspricht, wenn dem Schenkgeber nach dem Schenkungsakt noch ein eheliches Kind geboren wird, welcher Fall untergebens am 2. März 1866 durch die Geburt des Paul Theodor Hennes eingetreten ist;

Daß zwar nach der Behauptung des Appellanten die Voraussetzung des gedachten Artikels aus dem Grunde nicht vorhanden sein soll, weil der angebliche Schenkgeber Urban Hennes zur Zeit des Pachtvertrages am 15. April 1863 bereits ein am 31. Januar 1863 geborenes und am 2. Februar 1863 anerkanntes Kind mit der Barbara Bachus gehabt habe, welches durch die Ehe mit derselben am 17. April 1863 legitimirt worden;

Daß jedoch dieser Behauptung, obgleich die ihr zum Grunde gelegte Thatsache richtig ist, nicht beigepflichtet werden kann;

Daß nämlich unbestritten die Existenz eines ehelichen Kindes zur Zeit der Schenkung die Revokation derselben wegen eines später gebornen ehelichen Kindes ausschließt; daß daher die gedachte Thatsache, daß der Urban Hennes zur Zeit der Schenkung ein anerkanntes uneheliches Kind gehabt habe, die Behauptung in sich schließt, daß die Existenz eines solchen unehelichen Kindes zur Zeit der Schenkung der Existenz eines ehelichen Kindes, in Bezug auf die Revokation der Schenkung im Sinne des Art. 960 des B. G.-B. gesetzlich gleich gestellt sei;

Daß dieser Annahme aber nicht blos das bereits vom Richter a quo schon geltend gemachte Argument aus der Ordonnanz über Schenkungen vom Februar 1731 und die Entstehung des

Digitized by Google

Art. 960 des B. G.-B. aus dem Art. 39 derselben, sondern auch der Wortverstand des Artikels selbst entgegensteht;

Daß zuerst der gedachte Art. 960 des B. G.-B. gleich seinem Vorbilde dem Art. 39 der gedachten Ordonnanz von einem Schenkgeber spricht, der keine Kinder und Descendenten habe, durch diese Zusammenstellung der Kinder mit den Descendenten aber genügend zu erkennen ist, daß hier nur an legitime Kinder und nicht an uneheliche, wenn auch anerkannte, gedacht sein kann;

Daß ferner der Schlußsatz des Art. 960 des B. G.-B. bestimmt, daß der Begriff eines infans superveniens nur dann vorhanden sei, wenn entweder nach der Schenkung ein eheliches oder nach derselben ein uneheliches und durch die nachfolgende Ehe legitimirtes Kind geboren worden;

Daß aber ein vor der Schenkung geborenes und anerkanntes, aber nach derselben erst durch die Ehe legitimirtes Kind unter diesen Begriff nicht fällt;

Daß aber hieraus folgt,

Erstlich, daß wegen eines solchen Kindes die Revokation des Art. 960 des B. G.-B. nicht begründet wird, wenn auch die Legitimation desselben durch die Ehe nach der Schenkung, wie untergebens eingetreten ist und

Zweitens, daß seine Existenz zur Zeit der Schenkung der Revokation wegen eines später geborenen Kindes ein Hinderniß nicht entgegen setzt, weil der Artikel zwischen demselben und dem nach der Schenkung geborenen und durch die Ehe legitimirten einen Unterschied macht und das erstere ungünstiger behandelt als das letztere;

Die entgegengesetzte Folgerung sich aber nur rechtfertigen ließe, wenn der Gesetzgeber in dem Schlußsatz des Artikels das vor der Schenkung geborene dem nach der Schenkung geborenen unehelichen Kinde, insofern beide nach der Schenkung durch die Ehe legitimirt worden, gleich gestellt hätte, was nicht geschehen ist;

I. E., daß ad II. der Klage der Richter a quo den geeigneten Beweis aufgegeben und auch die der Klage entgegengesetzten Einreden der mutatio libelli und mangelnder Passiv-Legitimation richtig gewürdigt hat;

Daß auch auf den dermalen erbotenen Beweis, daß in der Wirklichkeit das Haus nicht für 100 Thlr., sondern für 300 Thlr. verkauft worden, nicht eingegangen werden kann, da eine

Digitized by Google

solche Behauptung durch Urkunden oder Eidesdelation dargethan werden müßte, ein Zeugenbeweis aber darüber nicht zulässig ist.

Aus diesen Gründen

verwirft der Hof die Berufung von dem Urtheil des Landgerichtes zu Köln vom 31. Oktober 1871 unter Verurtheilung des Appellanten in Strafe und Kosten.

II. Senat. Sitzung vom 12. Dezember 1872.

Advokaten: Bessel — Pheifer.

Kauf einer Waare. — Qualitäts-Mangel. — Andere Sache. — Verjährung der Klage des Käufers.

Die Bestimmung des Art. 349 des H. G.-B., wonach die Klagen gegen den Verkäufer wegen Mängel in sechs Monaten seit der Ablieferung an den Käufer verjähren, ist auf die Fälle zu beschränken, in welchen es sich um Mängel oder Fehler der gekauften und gelieferten Sache handelt, und findet keine Anwendung in dem Fall, wenn der Verkäufer eine andere Sache oder Waare liefert, als er verkauft hat.

Bei dem Verkaufe einer Quantität von Waaren einer gewissen Gattung ist das Object durch die bedungene Gattung bestimmt. Wird eine Waare geliefert, welche zu einer anderen als der vertragsmäßigen Gattung gehört, so ist es eben ein anderes Object als das verkaufte, was geliefert wird.*)

*) In gleichem Sinne entschied der zweite Senat des Hofes durch Urtheil vom 6. April 1872 in Sachen Hermanns gegen Staßen, in welchem Falle Sommerweizen verkauft, zum größten Theile aber Winterweizen geliefert worden war. — Vergl. auch Urtheil des Reichs-Ob.-H.-G. vom 2. November 1872, in der von den Räthen des Gerichtshofes herausgegebenen Sammlung, Bd. 7, S. 409, und die Abhandlung über die Voraussetzung für den Eintritt der Versäumung nach Art. 347 und der Verjährung nach Art. 349 des H. G.-B. insbesondere beim Genußkauf in Busch, Archiv für Theorie und Praxis des allgem. deutschen Handelsrechts, Bd. 5, S. 183.

Digitized by Google

Es ist eine thatsächliche, im einzelnen Falle sorgfältig zu prüfende Frage, ob die gelieferte Waare von anderer als der bedungenen Gattung sei, oder ob es sich nur um einen Qualitätsmangel handle.

Rothschild — Krakamp.

Am 6. Mai 1872 erhob der Landwirth Theodor Krakamp zu Benrath gegen die zu Köln unter der Firma Nathan Rothschild Söhne bestehende Handlung beim Kgl. Handelsgerichte zu Köln eine Klage auf Zahlung von 500 Thlrn. als Ersatz des Schadens, welcher dem Kläger dadurch entstanden, daß die Verklagte, welche ihm im Juli 1871 200 Pfd. Luzerner-Kleesamen verkauft, statt dessen einen Saamen geliefert, der, auf 10 Morgen des besten Ackerlandes ausgesäet, ein ganz anderes dürftiges und werthloses Kleegewächs hervorgebracht habe. Die verklagte Handlung setzte der Klage vor Allem die Einrede der Verjährung auf Grund des Art. 349 des H. G.-B. entgegen, da die Lieferung des Saamens am 6. Juli 1871 erfolgt sei, die Klage aber erst am 6. Mai 1872 angestellt worden, bestritt dieselbe sodann auch aus dem Grunde, weil nach vorgelegter Probe verkauft worden und dieser entsprechend auch die Lieferung geschehen sei. Außerdem wurde die Identität des verkauften und des ausgesäeten Saamens und das angeblich schlechte Ergebniß der Aussaat bestritten.

Das Handelsgericht nahm an, daß, wenn die Behauptung des Klägers in Wahrheit beruhte, es sich nicht um Mängel an dem Kaufobjekte, sondern um die Lieferung einer ganz anderen Sache als der verkauften handeln, und alsdann die sechsmonatliche Verjährung nicht Platz greifen würde, und ließ durch Urtheil vom 22. August 1872 den Kläger sowohl zum Beweise der Identität des von der Verklagten gelieferten und des ausgesäeten Saamens, sowie des entstandenen Schadens, als auch zum Beweise darüber zu 1) daß Luzerner Kleesaamen von anderem Kleesaamen, insbesondere von dem des Aufwuchses, der sich auf den fraglichen Feldern des Klägers ergeben habe, durch bloße Besichtigung der Saamenkörner nicht zu unterscheiden sei, und 2) daß der aufgegangene Saamen durchweg ein dürftiges, kleinblätteriges, über die Erde kriechendes Steinkleegewächs, welches von Luzerner Klee vollständig verschieden sei, und einer werthlosen, namentlich aber im Wirthschaftsbetriebe des Klägers nicht

Digitized by Google

verwendbaren Kleesorte angehöre, hervorgebracht habe und daher auch kein Luzerner Saamen gewesen sei.

Gegen dieses Urtheil ergriff die verklagte Handlung die Berufung und erbot zu deren Rechtfertigung auch noch den Beweis darüber 1) daß zur Zeit des Verkaufes der fraglichen 200 Pfd. Luzerner Kleesaamen der Preis des Luzerner Kleesaamens im Allgemeinen 15 bis 16 Sgr. das Pfd. gewesen; daß Appellantin damals dem Appellaten auf seine Anfrage bemerkt, es sei ihr Luzerner Kleesaamen nach einer Probe, welche sie vorlegte, angeboten, den sie dem Appellaten zu $12^1/_2$ Sgr. abgeben könne; 2) daß dieser dem Appellaten gelieferte Kleesaamen und ebenso die Probe allerdings Luzerner Kleesaamen und zwar amerikanisches Wachsthum gewesen, und daß dieses der Appellantin von ihrem Verkäufer Charles Perrin in Lüttich mitgetheilt worden, als der Appellat die vorliegende Klage erhoben. Seitens des Appellaten wurde noch der Beweis erboten, daß Philipp Rothschild, Theilhaber der appellantischen Handlung, welchem im Herbste und zwar im September 1871 der Appellat seine Beunruhigung über den fraglichen Kleeaufwuchs mitgetheilt, den Appellaten mit der Betheuerung zu beruhigen gesucht, daß echter Luzerner Saamen geliefert worden sei; er, Rothschild, kenne das Stück, auf welchem derselbe gewachsen sei.

Der Hof erkannte confirmatorisch, wie folgt:

Urtheil:

In E., daß die Ausführungen und Beweisanträge der Appellantin nicht geeignet sind, eine Berufung gegen das Interlocut des ersten Richters zu rechtfertigen;

Daß die Verjährungs-Einrede betreffend, in Voraussetzung der von dem Appellaten geltend gemachten und zum Beweis verstellten Thatsachen, der Art. 349 des H. G.-B. hier keine Anwendung finden würde, da dieser Artikel voraussetzt, daß es sich um Mängel oder Fehler der gekauften und gelieferten Sache handelt, nicht aber auf den Fall sich erstreckt, wenn der Verkäufer eine andere Sache oder Waare liefert, als er verkauft hat;

Daß dies sich aus dem Wortlaut des Artikels, wie auch aus der Entstehungsgeschichte desselben ergibt, indem der Art. 266 des Preußischen Entwurfes zum H. G.-B. einfach von der Verjährung der Klagen wegen Mängel der Waare handelte, und die in Folge der Berathung vorgenommene Fassungsände-

Digitized by Google

rung nach den Protokollen 666, 1391 nur zum Gegenstand hatte, auszudrücken, daß nach dem Sinne, in welchem der Artikel sich des Ausdrucks Mängel bedient, die Vorschrift nicht allein von den auch ohne besondere Verabredung in Betracht kommenden Fehlern der Waare, sondern auch von einem Mangel vertragsmäßig bedungener Eigenschaften der Waare zu gelten habe;

Daß, wenn es sich nicht um den Verkauf einer speziellen Sache handelt, sondern wie hier, um den Verkauf einer Quantität von Waaren einer gewissen Gattung, das Objekt des Verkaufs durch die bedungene Gattung bestimmt wird, daher im Falle die gelieferte Waare nicht zu der vertragsmäßigen Gattung gehört, ein anderes als das verkaufte Objekt geliefert ist, und es sich in gleicher Weise verhält, wie wenn beim Verkauf einer speziellen Sache eine andere Sache, als die verkaufte, geliefert ist;

Daß sonach eine andere Gattung die Waare zu einer anderen Waare macht, und der Sachverhalt nicht gleichzustellen ist dem Mangel einer vertragsmäßigen oder gesetzlichen Beschaffenheit der den Gegenstand des Geschäfts bildenden Waare, welcher Mangel noch in der Vorschrift des Art. 349 des H. G.-B. inbegriffen ist;

Daß wenn wie hier auf Schadensersatz geklagt wird, weil in der gedachten Weise eine andere Waare, als die gekaufte, geliefert worden sei, diese Klage außer dem Bereich der Klagen wegen Mängel liegt, für welche der Preußische Entwurf und nach ihm das H.-G.-B. die bereits in den meisten Partikularrechten dafür vorgesehene besondere Verjährung unter einheitlicher Fristbestimmung und unter Gleichstellung der vertragswidrigen und der gesetzwidrigen Mängel verallgemeinern wollte, eine Ausdehnung der Verjährungsvorschrift aber, etwa aus dem legislatorischen Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit für den Handelsverkehr, allgemeinen Rechtsgrundsätzen zuwider laufen und dem Richter nicht zustehen würde, zudem auch außer Acht ließe, daß in den Fällen, in welchen eine andere, als die verkaufte Waare geliefert ist, das Rechtsverhältniß in Bezug auf die Folgen des Irrthums, auf die Rechte des Verkäufers und in sonstigen Beziehungen sich überhaupt anders, als bei Mängeln der Waare gestaltet;

J. E., daß es freilich eine sorgfältig zu prüfende thatsächliche Frage ist, ob die Waare nicht unter die vorbedungene

Digitized by Google

Gattung fällt, in dieser Beziehung aber einestheils vorliegend durch die Faktura feststeht, daß 200 Pfd. Luzerne verkauft worden sind, anderntheils in den dem Appellaten aufgegebenen Beweissätzen hinreichend angedeutet ist, daß es darauf ankommt, zu erweisen und insbesondere die Expertisen sich darüber auszusprechen haben, ob der dem Appellaten gelieferte Saamen nach Maßgabe des durch ihn hervorgebrachten Gewächses im Handelsverkehr nach den in demselben üblichen Unterscheidungen von besonderen Sorten und Gattungen eine andere Waare, als Luzerne war, und nicht zur Luzerne gerechnet werden konnte, oder aber, ob es Luzerne, jedoch von sehr geringer Beschaffenheit war;

Daß, da hiernach unter der Voraussetzung, daß die durch das Interlocut auferlegten Beweise erbracht werden, die Verjährungs-Einrede zerfällt, eine Berufung gegen das Interlocut auf diese Einrede nicht gestützt werden kann;

J. E., daß hier keine Veranlassung vorliegt, die Verjährungs-Einrede und den in dieser Instanz subsidiarisch gestellten Beweisantrag des Appellaten in der Unterstellung zu erörtern, daß sich im Beweisverfahren nur ergeben sollte, der Saamen sei Luzerne, aber von schlechter Beschaffenheit gewesen, da es sich nach den bisherigen Anträgen des Appellaten nicht um eine redhibitorische Klage wegen Mängel handelt, und erst für den eventuellen Fall in erster Instanz darüber zu verhandeln und zu befinden sein würde, ob eine Gewährungsklage wegen Mängel der verkauften Sache als ein Minderes in der angestellten Klage einbegriffen sei, und zur Beseitigung der aus diesem Gesichtspunkte an sich zutreffenden Verjährungs-Einrede der Appellat zu Beweisen darüber zuzulassen sei, daß ein Betrug des Appellanten vorliege und er durch betrügliche Vorspiegelungen von Anstellung der Klage abgehalten worden sei;

J. E., zur Hauptsache:

Daß die dem Appellaten nachgelassenen Beweise relevant sind, da der Appellant ausweise der Faktura Luzerne verkauft hat, und wegen Nichterfüllung der vertraglichen Zusage nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen Schadensersatz leisten müßte;

Daß die von dem Appellanten entgegengestellten Beweissätze dagegen nicht erheblich sind, da weder die angebliche Höhe des damaligen Preises der Luzerne, noch das, was gemäß dem ersten Beweissatz bei dem Ankauf des Saamens in Betreff der Probe gesagt worden sein soll, der Thatsache, daß der Appellant den

Digitized by Google

Saamen als Luzerne verkaufte, und der rechtlichen Folge, daß ihn diese Zusage verbindlich machte, entgegensteht, der zweite Beweissatz aber theils lediglich zum Gegenbeweise gehört, indem auch die Frage: wie es sich mit einem angeblich amerikanischen Wachsthum von Luzerne überhaupt und im hiesigen Verkehr verhalten möge, in den Bereich der angeordneten Expertise fällt, theils wie die angeblich zur Zeit der Klage gemachte Mittheilung von der amerikanischen Herkunft des Saamens hier ohne Bedeutung ist;

Daß es auf die gedachten Beweissätze des Appellanten, auch in soweit sie die Frage berühren sollen: ob der Appellant beim Verkauf in Kenntniß gewesen, hier nicht ankommt, da unter Voraussetzung des Erbringens der dem Appellaten auferlegten Beweise einestheils der Appellant sich nicht auf die Art. 1644 und 1645 des B. G.-B. berufen kann, welche von redhibitorischen Mängeln der verkauften Sache handeln, während hier die vertraglich zugesagte Waare nicht geliefert wäre, und nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen die Nichterfüllung schadensersatzpflichtig macht, indem es Sache dessen ist, welcher zusagt, sich zuvor zu versichern, ob er die Zusage erfüllen werde, nicht aber der andere Theil, welcher sich auf die Zusage verläßt, den durch die Nichterfüllung verursachten Schaden zu leiden hat;

Daß auch dem Antrag des Appellanten, die Klage jedenfalls in soweit abzuweisen, als sie auf Zuerkennung des entgangenen Gewinns gerichtet ist, nicht stattgegeben werden kann, da einestheils das B.-G.-B. die Schadensersatzpflicht nicht in dieser Weise abstuft, vielmehr gemäß Art. 1140 grundsätzlich unter den zu ersetzenden Schaden auch den entgangenen Gewinn mit begreift, ein Einwand aber, welcher die in Art. 1150, 1151 bezeichneten Modifikationen beträfe, nicht vorliegt, anderntheils auch der Art. 283 des H. G.-B. ausdrücklich für Handelsgeschäfte die hier in Rede stehende Unterscheidung zurückweist;

Daß es endlich nach Lage des gegenwärtigen Falles und mit Rücksicht auf die dem Appellanten aufgegebenen Beweise zur Sache nicht entscheidend wäre, wenn der Appellat die ihm übergebene Probe des Saamens nicht vorlegen sollte, indem der Appellant weder erwiesen, noch behauptet hat, daß der Appellat die Probe noch besitzt;

Digitized by Google

Aus diesen Gründen

verwirft der Appellations-Gerichtshof die Berufung wider das Urtheil des Kgl. Handelsgerichtes zu Köln vom 22. August 1872 und verurtheilt den Appellanten zu den Kosten und zur Succumbenzstrafe.

I. Senat. Sitzung vom 27. Januar 1873.

Advokaten: Pheifer — Kyll II.

Subhastation. — Hypothekarschuldner. — Drittbesitzer.

Ist ein Theil des verpfändeten Immöbels veräußert worden, es hat aber weder eine Transscription stattgefunden, noch sind Veränderungen im Besitzstande eingetreten, welche sich als Anzeichen des Uebergangs des Eigenthums erkennen lassen, so hat die gegen den Hypothekarschuldner durchgeführte Subhastation ihre volle rechtliche Wirkung auch gegen den Drittbesitzer.*)

Heuse — Piepenbrink.

J. E. . . . . .

J. E., daß der Appellant diesem entgegensetzt, daß aus dem Grunde durch das Subhastationsverfahren gegen Tasche die fragliche Mauer nicht auf die Ansteigerer übergegangen sei, weil er dieselbe von Tasche durch Akt vom 8. Sept. 1867, einregistrirt am 8. Juli 1868, käuflich erworben habe, dieselbe mithin in dem Zuschlag vom 13. Nov. 1868 nicht einbegriffen gewesen sein könne, da die Beschlagnahme der Immobilien des Tasche erst am 15. Juli 1868 erfolgt sei, mithin sein Privatakt vom 8. Sept. 1867 durch die Einregistrirung vom 8. Juli 1868 ein sicheres älteres Datum habe als die Beschlagnahme, welchem von Seiten des Appellaten entgegengesetzt wird, daß die Transscription dieses Aktes nicht stattgefunden habe, mithin dem Uebergang des Eigenthums der Mauer auf die Ansteigerer als Hinderniß nicht entgegen steht;

---

*) Vergl. Archiv Bd. 49. I. S. 81.

Digitized by Google

J. E., daß weder die oben angeführten Daten der Akte noch das Nichtvorhandensein der Transscription bestritten sind; daß sich daher hier die Rechtsfrage aufwirft: ob die Subhastation mit voller Wirkung blos gegen den hypothekarischen Schuldner gerichtet werden kann, wenn der Inhaber von dem hypothekarisch belasteten Grundstücke seinen Titel nicht hat transscribiren lassen;

J. E., daß selbstverständlich einer Seits der Hypothekar-Schuldner in Folge der Hypotheken-Eintragungen nicht in der Veräußerung seiner belasteten Grundstücke, sei es ganz oder zum Theile gehindert ist; daß aber auch von der andern Seite die Hypothek selbst als ein ihrer Natur nach dingliches Recht durch eine solche Veräußerung nicht alterirt wird, sondern daß die Hypothek mit ihrer ganzen Schwere auf jedem Theil des veräußerten zum Pfand bestellten Immöbels haften bleibt;

Daß daher der Hypothekar-Gläubiger auch gehalten ist, wenn er seine Ansprüche gegen den Drittbesitzer geltend machen will, gegen denselben auf die gesetzlich geordnete Weise mit der Aufforderung zu delaisser oder zu zahlen voranzugehen. Art. 2169 des B. G.-B.

Daß man aber bei diesem vom Gesetzgeber dem Hypothekar-Gläubiger angewiesenen Wege vernünftiger Weise unterstellen muß, daß der Gesetzgeber dabei von der Voraussetzung ausgegangen sei, daß sich der Hypothekar-Gläubiger auch in der Möglichkeit befindet, diesen Weg einzuschlagen;

Daß aber ein solcher Fall der Unmöglichkeit für den Hypothekar-Gläubiger vorhanden ist, wenn weder der öffentliche Akt der Transscription stattgefunden, noch ihm der Uebergang des hypothekarischen Grundstücks auf einen Andern angezeigt worden, noch sonstige Veränderungen des Besitzstandes oder der Benutzung vorhanden sind, die sich als Anzeichen des Uebergangs des Eigenthums von einem auf den andern zu erkennen geben;

Daß man daher auch consequenter Weise annehmen muß, daß, wenn der Hypothekar-Gläubiger in einem solchen Falle lediglich gegen den Hypothekarschuldner und nicht auch zugleich gegen den Drittbesitzer vorangegangen ist, die Subhastation mit voller Wirkung auch gegen den Drittbesitzer stattgefunden hat;

Daß dieser Auffassung auch die Artikel des B. G.-B. die vom Drittbesitzer sprechen, nicht entgegen stehen, daß sie nämlich überall nicht eine Definition desselben geben, vielmehr der Um-

Digitized by Google

stand, daß vom Drittbesitzer und nicht vom neuen Erwerber gesprochen wird, dafür herangezogen werden kann, daß gerade auf den offenkundigen Besitzstand als Maßstab für die Direktion des Verfahrens des Hypothekar-Gläubigers hat Gewicht gelegt werden sollen, wie denn auch nach den Art. 834 und 835 B. Pr.-Ordn. von dem Hypothekar-Gläubiger mit Wirkung gegen den Drittbesitzer bis zur Transscription seines Titels und selbst noch 14 Tage darüber hinaus Inscription genommen werden kann, mithin ungeachtet des Art. 1583 des B. G.-B. die Uebertragung des Eigenthums durch Verkauf in Betreff des mit einem Titel zur hypothekarischen Eintragung versehenen Gläubigers bis zur Transscription noch nicht als eine perfekte mit allen Wirkungen gilt;

J. E., daß demnach, da untergebens eine Transscription nicht bewirkt und auch, wie vom Urtheil a quo genügend ausgeführt, mit der fraglichen Mauer solche äußerlich erkennbaren Veränderungen oder Benutzungen nicht vorgenommen worden, die auf eine Veränderung in der Person des Eigenthümers hindeuten, nur anerkannt werden kann, daß für den Subhastations-Extrahenten keine Veranlassung war, auch gegen den Drittbesitzer der Mauer, den Appellanten Heuse, vorzugehen und daß ungeachtet des durch Letztern mittelst Akt vom 1. Sept. 1867 und 8. Juli 1868 erworbenen Eigenthums an der Mauer gegen ihn, Heuse, mit voller Wirkung gegen den nach dem Hypotheken-Register als Eigenthümer erscheinenden Subhastaten A. Tasche vorangegangen werden konnte und die mitsubhastirte Mauer, ungeachtet des Uebertragsakts vom 8. Juli an Heuse, von dem Ansteigerer eigenthümlich erworben wurde;

Daß auch Appellant um so weniger Ursache hat, sich über dies Ergebniß zu beschweren, da ihm das Subhastations-Verfahren nicht unbekannt geblieben sein kann, und es ihm nicht an Zeit gefehlt hat, seinen Erwerb-Akt vor der Beschlagnahme transscribiren zu lassen;

Aus diesen Gründen

verwirft der Hof die Berufung gegen die Urtheile des Ld.-G. zu Elberfeld vom 2. April 1870 und 4. März 1871 unter Verurtheilung des Appellanten in Strafe und Kosten.

II. Senat. Sitzung vom 22. Februar 1873.

Advokaten: Nacken — Schilling.

Digitized by Google

Testirfähigkeit. — Nonne. — Allgem. Preuß. Landrecht.

Die Testirfähigkeit eines Testators und die Gültigkeit seines Testaments ist lediglich nach der am letzten Wohnorte resp. am Orte der Testaments-Errichtung geltenden Gesetzgebung zu beurtheilen.

Die Bestimmungen des §. 1199 und folg. Titel XI. Th. II., daß Mönche und Nonnen nach abgelegtem Klostergelübde in Ansehung aller weltlichen Geschäfte als verstorben anzusehen und Eigenthum oder andere Rechte zu erwerben, zu besitzen und darüber zu verfügen unfähig sind, bezieht sich nur auf die Mitglieder solcher Klostergesellschaften, die eine staatlich genehmigte Verfassung und Regel haben, und nach allen Seiten hin, namentlich auch, was die Vermögens-Verwaltung und die Rechte der Obern und Mitglieder betrifft unter der Aufsicht des Staates stehen, ohne dessen Erlaubniß der Eintritt in dieselben gesetzlich nicht geschehen kann.

Schnitzler — Lossen — Lützeler.

Die Wittwe Georg Schnitzler setzte durch ein vor der Kreisgerichts-Commission zu Münster am 3. Aug. 1868 errichtetes Testament den Rentner Lossen zum Universalerben und den Notar Lützeler zum Testaments-Executor ein. Dieselbe war zur damaligen Zeit Oberlehrerin in der geistlichen Genossenschaft zum heiligen Herzen Jesu auf dem Hause Marienthal bei Münster, woselbst sie auch im Jahre 1870 gestorben ist. Die Vorgenannten ließen auf Grund des Testamentes und einer notariellen Schuldurkunde am 12 Juli 1871 dem Baumeister Schnitzler in Düsseldorf Zahlungsbefehl für eine darin näher angegebene Summe machen. Dieser opponirte mit der Behauptung, daß das Testament ungültig und wirkungslos sei, weil die Wittwe Schnitzler zur Zeit der Testaments-Errichtung das Klostergelübde abgelegt, und als Nonne nach Th. II., T. XI. §§. 1199, 1200 die Testirfähigkeit verloren habe.

Er erbietet den Beweis, daß die Wittwe Schnitzler im

Digitized by Google

Jahre 1856 zu Paris die Klostergelübde abgelegt und seitdem sich in dem Kloster zum heiligen Herzen Jesu als Ordensfrau aufgehalten habe und als solche in dem Kloster Marienthal bei Münster gestorben sei, und beantragte eventuell ein Gutachten des General-Vicariats zu Münster darüber zu veranlassen, daß die Anstalt Marienthal ein Kloster, die darin befindlichen Ordensfrauen sich zu gemeinschaftlichem Leben und gemeinschaftlicher Religions-Uebung nach gewissen, von der Kirche bestätigten Regeln nach Ablegung feierlicher Gelübde verpflichtet und vereinigt hätten, und daß dieses speciell mit der Wittwe Schnitzler geschehen sei;

Die Oppositen bestritten die Anwendbarkeit der vorbezogenen Bestimmungen des allg. Landrechts, weil Marienthal kein vom Staate anerkanntes, mit Corporations-Rechten versehenes Kloster sei; die Wittwe Schnitzler auch nicht Nonne im Sinne des allg. Landrechts gewesen. Dieses wurde durch Urtheil des Kgl. Land-Gerichts zu Düsseldorf vom 29. Nov. 1871 angenommen, und die Opposition verworfen. Auf die von Schnitzler eingelegte Berufung erkannte der Hof confirmatorisch wie folgt:

Urtheil:

J. E., was die Testirfähigkeit der im Hause Marienthal bei Münster im Jahre 1870 verstorbenen Erblasserin und die Rechtsgültigkeit des fraglichen im August 1868 daselbst aufgenommenen gerichtlichen Testamentes betrifft, daß hier lediglich die am letzten Wohnorte resp. am Orte der Testaments-Errichtung geltende Gesetzgebung maßgebend ist;

J. E., daß das allgemeine Landrecht im eilften Titel des zweiten Theiles von den geistlichen Gesellschaften §§. 12, 939 und folgende, deren Unterart, den Klostergesellschaften §. 1057 und folgende, sodann von den Mitgliedern der letzteren, den Mönchen und Ordensleuten §. 1160 und folgende in einem vollständig geschlossenen Rechtssysteme handelt;

Daß nach den Bestimmungen desselben die Klostergesellschaften geistliche Corporationen bilden, die eine staatlich genehmigte Verfassung und Regel haben, und nach allen Seiten hin, namentlich auch, was das Vermögen und die Rechte der Oberen und Mitglieder betrifft, unter der Aufsicht des Staates stehen, ohne dessen Erlaubniß der Eintritt in dieselben gesetzlich nicht geschehen kann;

Digitized by Google

Daß, wenn in dem landrechtlichen Systeme die §§. 1199 und folgende die Bestimmung enthalten, „daß Mönche und „Nonnen nach abgelegtem Klostergelübde in Ansehung aller welt„lichen Geschäfte als verstorben anzusehen und Eigenthum oder „andere Rechte zu erwerben, zu besitzen und darüber zu ver„fügen unfähig sind", diese denselben so gesetzlich auferlegte Vermögenslosigkeit ihr Correlat und eine Ausgleichung darin findet, daß sie in der Corporation unter dem Schutze des Staates ihre Existenz und rechtliche Stellung haben;

J. E., daß nach allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen derartige singuläre, die Rechtsfähigkeit beschränkenden Gesetzesbestimmungen über ihren Fall und dessen Voraussetzungen hinaus keine Anwendung finden können;

Daß, wenn man nun auch alles das, was der Appellant bezüglich der klösterlichen Qualität des Hauses Marienthal und der Testatrix zu erweisen sich erbietet, im vollen Umfange als richtig annehmen wollte, damit zunächst doch nicht für jene Anstalt der juristische Charakter eines Klosters im landrechtlichen Sinne begründet wäre, da derselben das nach dem Vorstehenden wesentliche Erforderniß, die Eigenschaft einer anerkannten Corporation und das damit zusammenhängende rechtliche Verhältniß zum Staate unbestritten fehlt;

Daß zudem, selbst wenn man das Haus Marienthal als ein Kloster in jenem Sinne qualifiziren wollte, immerhin noch der Nachweis mangeln würde, daß die Erblasserin, welche zu Paris die Ordens-Gelübde abgelegt hat, unter den landrechtlichen Voraussetzungen in dieses Kloster zu Marienthal als Nonne eingetreten sei;

Daß der Appellant zwar geltend macht, daß die Anwendung der bezogenen Gesetzesvorschriften sich hier rechtfertige, da der Grund derselben, die Verhütung von Zuwendungen an die todte Hand, auf das Haus Marienthal und dessen Conventualen um so mehr passe, als dieselben einem ausländischen staatsfeindlichen Orden angehörten, für diese Frage aber der Umstand, ob jene Anstalt Corporationsrechte habe oder nicht, gänzlich ohne Bedeutung sei;

Daß indeß diese behauptete Gleichheit des Grundes den Richter nicht berechtigen könnte, jene singuläre Bestimmungen auf den vorliegenden Fall zur Anwendung zu bringen, da bezüglich desselben mit Rücksicht auf die hier maßgebenden Grundsätze

Digitized by Google

der Verfassungsurkunde Art. 12, 13 und 30 ein von dem landrechtlichen prinzipiell verschiedener Rechtszustand obwaltet;

Daß hiernach ohne daß es auf die Beweis-Anträge der Parteien weiter ankommt, dem Urtheil a quo, welches die Rechtsgültigkeit des fraglichen Testaments anerkannt und den Einspruch des Appellanten verworfen hat, nur beizupflichten ist;

Aus diesen Gründen

verwirft der Hof die gegen das Urtheil des Landgerichts zu Düsseldorf vom 29. November 1871 eingelegte Berufung mit Strafe und Kosten.

I. Senat. Sitzung vom 5. März 1873.

Advokaten: Herbertz — Rieth.

Sterbe-Urkunde. — Verspätete Eintragung. — Rectifications-Verfahren.

Die nachträgliche Eintragung einer Sterbe-Urkunde kann, wenn dieselbe nicht in der nächsten Zeit nach dem Tode des Einzutragenden geschehen ist, im Wege des gerichtlichen Rectifications-Verfahrens erfolgen.*)

Betr. Aufnahme der Sterbe-Urkunde des Andreas Kaiser.

In Erwägung, daß das Gesuch der Gertrud Eisenhuth um Verordnung der nachträglichen Eintragung der Sterbe-Urkunde ihres Ehemannes Andreas Kaiser von dem Kgl. Landgerichte zu Köln aus dem Grunde abgewiesen worden ist, weil das Gesetz die Eintragung der Sterbeakte an keine Frist gebunden habe, daher der angeblich am 24. Mai 1863 erfolgte Tod noch jetzt von dem Civilstands-Beamten beurkundet werden könne und müsse;

Daß jedoch der Civilstands-Beamte nicht in der Lage ist, einen Sterbeakt in Gemäßheit der Bestimmungen des B. G.-B. aufzunehmen, weil die Leiche des Andreas Kaiser nicht aufgefunden worden ist und keine Zeugen vorhanden sind, welche durch unmittelbare Wahrnehmung sich von dessen Tode überzeugt haben;

---

*) Vergl. Archiv 57. I 20.

Digitized by Google

Daß auch den Civilstands-Beamten kein Vorwurf trifft, wenn er neun Jahre nach dem angeblich erfolgten Tode die Aufnahme eines Sterbeaktes verweigert, indem nach der unzweifelhaften Absicht des Gesetzgebers die den Civilstand betreffenden Thatsachen in der nächstfolgenden Zeit in den Registern zu beurkunden sind, und insbesondere die Nothwendigkeit der sofortigen Eintragung der Sterbeakte aus dem Verbote erhellt, vor Aufnahme der Urkunde die Beerdigung einer Leiche vorzunehmen;

In E., daß die Bestimmungen der bürgerlichen Gesetzbücher über das Berichtigungs-Verfahren zwar nur den Fall der unrichtigen Eintragung ausdrücklich erwähnen;

Daß dieselben jedoch durch einen feststehenden Gerichtsgebrauch auch dann zur Anwendung gebracht werden, wenn die Eintragung ganz unterblieben ist;

Daß dieser Gerichtsgebrauch seine Begründung in den Staatsrathsgutachten vom 13. Nivôse X und 12. Brumaire XI findet, nach welchen nicht nur eine mangelhafte Eintragung sondern auch eine gänzliche Auslassuug eines Civilstandsaktes auf dem Wege der gerichtliche Rectification aus den Registern zu beseitigen ist;

In E., daß nach den Behauptungen der Antragstellerin der Ehemann derselben Andreas Kaiser am 24. Mai 1863 beim Baden in der Nähe des Bayenhauses zu Köln untergesunken und nicht wieder zum Vorschein gekommen ist;

Daß diese Thatsache, wenn sie erwiesen wird, dem Richter im vorliegenden Falle jeden vernünftigen Zweifel an dem wirklich erfolgten Tode benehmen muß;

Aus diesen Gründen

läßt der Rh. Appell.-Ger.-Hof die Appellantin zum Beweise durch Zeugen darüber zu, daß Andreas Kaiser am 24. Mai 1863 am Bayenhause zu Köln, um zu baden, in den Rhein gegangen, eine kurze Strecke geschwommen, alsdann in der Gegend des Bayenthurms untergegangen und nicht mehr zum Vorschein gekommen ist,

beauftragt mit Vernehmung der Zeugen das Kgl. Friedensgericht zu Köln Nr. 1.

I. Senat. Sitzung vom 16. April 1873.

Advokat: Compes.

Digitized by Google

Eisenbahn-Gesellschaft. — Unfall. — Haftpflicht.

Erleidet ein Arbeiter, der damit beschäftigt ist, auf einer Eisenbahnstrecke, auf welcher der Betrieb eingestellt ist, einen entgleisten und von den Rädern gekommenen Waggon wieder auf die Räder zu heben, dabei einen Unfall, so ist die Eisenbahn-Gesellschaft hierfür weder nach §. 25 des Preuß. Eisenbahn-Gesetzes vom 3. November 1838, noch nach §. 1 des Reichsgesetzes vom 7. Juni 1871 haftbar.*)

Falkenstein — Rheinische Eisenbahn-Gesellschaft.

So entschied der Appell.-Ger.-Hof unter Reformation eines Urtheils des Kgl. Landgerichts zu Köln.

Aus folgenden Gründen:

J. E., daß der hier fragliche Unfall am 11. December 1870, mithin unter der Geltung des Gesetzes vom 3. November 1838 sich ereignete, und die Arbeit, wobei der Michael Falkenstein verunglückte, unbestrittenermaßen darin bestand, daß ein am Tage vorher während der Fahrt bei der Station Urmitz entgleister und von den Rädern gekommener Waggon wieder auf die Räder gehoben werden sollte;

J. E., daß, wenn hiernach der Unfall auch unmittelbar an der Bahn oder auf derselben sich ereignete, dennoch der §. 25 des bezogenen Gesetzes, auf welchen die Klage gegen die Eisenbahn-Gesellschaft zunächst gestützt wird, wegen Mangels seiner faktischen Voraussetzung hier keine Anwedung würde finden können, da zur Zeit des Ereignisses eine Beförderung auf der Bahn nicht stattfand, diese vielmehr in Folge der am Tage vorher stattgehabten Entgleisung nach der Behauptung der Gesellschaft gar nicht im Betriebe war;

Daß, wenn aber auch die Bestimmung des §. 25 nicht in jenem engen Sinne und nicht so aufzufassen wäre, als enthalte sie eine Beschränkung der Haftbarkeit der Eisenbahn-Gesellschaften für die Zeit der Bewegung des Zuges auf der Bahn, sondern mit der Praxis anzunehmen wäre, daß unter „Beförderung"

*) Vergl. Archiv, Bd. 64. I. 198.

Digitized by Google

die Bewegung der Eisenbahn-Fahrzeuge im weiteren Sinne verstanden sei, dennoch weder der §. 25 noch der ihn durch den Ausdruck „beim Betriebe einer Eisenbahn“ erweiternde §. 1 des Reichsgesetzes vom 7. Juni 1871 von der Appellantin, Wittwe Falkenstein, zur Unterstützung ihrer Entschädigungsklage würde angerufen werden können, da die Arbeit, bei welcher ihr Ehemann thätig war und verunglückte, mit der Gefährlichkeit des Eisenbahn-Unternehmens und Betriebes, welche das Motiv der exceptionellen Bestimmung beider Gesetze bildet, in gar keinem Zusammenhange stand;

Daß daher in dieser Beziehung die Beschwerde der verklagten Gesellschaft gegen den erstrichterlichen Vorbescheid vom 25. November 1871 allerdings begründet erscheint.

II. Senat. Sitzung vom 25. April 1873.

Advokaten: Vagedes — Compes.

Eisenbahn-Gesellschaft. — Haftbarkeit. — Böswillige Handlungsweise. — Rollfuhr-Unternehmer.

Böswillige Handlungsweise schließt den höchsten Grad der Fahrlässigkeit in sich, wenn zwar nicht mit der Absicht zu beschädigen, aber doch mit dem Bewußtsein der nahen Gefahr gehandelt wird, oder doch diese Gefährlichkeit nicht ohne großes Verschulden ignorirt werden kann.

Läßt eine Eisenbahn-Verwaltung das zum Transport bestimmte Frachtgut beim Versender abholen, und wird dasselbe zur dunkeln Abendzeit von dem verschließbaren Fuhrwerk, während dieses ohne Aufsicht gelassen worden, gestohlen, so liegt der Fall einer böslichen Handlungsweise der Eisenbahnverwaltung bezüglich ihrer Leute vor, welche jene zum Ersatze des vollen Werthes des verloren gegangenen Frachtgutes verpflichtet.

Geschieht der Transport des Frachtgutes zur Eisenbahn durch einen Rollfuhr-Unternehmer, so haftet die Eisenbahn-Verwaltung für den Schaden oder Verlust während dieses Transportes

Digitized by Google

als gewöhnlicher Frachtführer in Gemäßheit der Art. 395 und 396 des H.-G.-B. für den ganzen gemeinen Handelswerth der Sache.*)

Klopphaus u. Berg.-Märk. Eisenbahn-Gesellschaft — Lohe.

Urtheil:

J. E., daß die Sachen sub Nr. 2050 und 2790 wegen ihrer Connexität zu verbinden sind.

J. E., daß der Adcitat, Intervenient und Appellant Fuhr-Unternehmer Klopphaus, der auf den Grund eines Vertrages mit der B.-Märk. Eisenbahn-Verwaltung vom 1. December 1861, die mit der Bahn zu versendenden Güter mit seinem Fuhrwerk bei den Versendern abholen läßt, seine Vertretungs-Verbindlichkeit der mitappellantischen Eisenbahn-Verwaltung gegenüber nicht bestreitet, vielmehr mit derselben dem Kläger und Appellaten Lohe gegenüber gemeinschaftliche Sache macht;

J. E., daß sich zur Sache lediglich fragt, ob die B.-Märk. Eisenbahn-Verwaltung als Schadensersatz für den verloren gegangenen Theil der zum Transport abgenommenen Waare den ganzen Werth derselben im Sinne des Art. 396 des Allg. D. H.-G.-B. oder ob sie den Schadensersatz nur nach dem Maßstabe von 20 Thlrn. pro Centner in Gemäßheit ihres rechtsgültig bestehenden Reglements zu leisten habe;

J. E., daß in thatsächlicher Beziehung feststeht, daß die B.-Märk. Eisenbahn-Verwaltung am 1. December 1871 zur Abendzeit durch ihren Fuhr-Unternehmer Klopphaus, der sein verschließbares Fuhrwerk durch zwei Personen begleiten ließ, einen Ballen mit Seide, dessen Inhalt nicht deklarirt war, bei dem Kläger und Appellaten Lohe hat abholen lassen, und daß dieser Ballen, dessen Gewicht zu 111 Pfund angegeben wird, auf dem Wege zum Bahnhofe von dem Fuhrwerk gestohlen worden;

J. E., daß die Eisenbahn-Verwaltung, reglementsmäßig für die Kategorie von Objekten, wozu der Ballen gehörte, in so fern sie keine Assekurranz übernommen, nur 20 Thlr. pro

*) Vergl. Entscheidung des Reichs-Ob.-H.-Gerichts vom 17. September 1872 in der von den Räthen des Gerichts-Hofes herausgegebenen Sammlung. Bd. 7, S. 99.

Digitized by Google

Centner als fiktiven gemeinen Werth vergütet, daß ihr aber nach dem Artikel 427 des H.-G.-B. dies Privileg nicht zur Seite steht und sie den wirklichen gemeinen Werth der Waare im Sinne des Artikels 396 des H.-G.-B. zu erstatten hat, wenn der Schaden oder Verlust an der ihr zum Transport übergebenen Sache auf eine bösliche Handlungsweise der Eisenbahn-Gesellschaft oder ihrer Leute zurückgeführt werden kann;

Daß aber nach dem obigen Thatbestande dieser Fall vorliegt;

Daß es nemlich zuerst nicht zweifelhaft sein kann, daß der Fuhr-Unternehmer Klopphaus, welcher auf den Grund des Vertrages vom 1. Dec. 1861 mit der Eisenbahn-Verwaltung die zu versendenden Güter von den Versendern abholt, so wie die von ihm zu diesem Zweck verwendeten Personen im Sinne des Artikels 427 des H.-G.-B. unter die Bezeichnung „ihre Leute" für welche die Eisenbahn-Verwaltung haftbar ist, fallen;

Daß aber auch der Begriff „bösliche Handlungsweise" auf den untergebenen Fall zutrifft;

Daß es dahin gestellt bleiben mag, ob dieser durch das Allg. D. H.-G.-B. neu geschaffene juristische Begriff genau die beiden alt hergebrachten juristischen Begriffe dolus und culpa lata umfaßt und sich mit denselben vollständig deckt;

Daß aber so viel klar vorliegt, daß er über den Begriff dolus oder Arglist hinaus, in den Begriff der culpa lata hineingreift;

Daß aber, wenn dies unbestreitbar ist, jedenfalls die schwersten Fälle der culpa lata, die dem dolus am nächsten stehen, als von dem Begriff „bösliche Handlungsweise" umfaßt, angesehen werden müssen, zu welchen Fällen insbesondere der Fall gehört, wenn die Handlung, zwar nicht mit der Absicht zu beschädigen, aber doch mit dem Bewußtsein der nahen Gefahr eines Schadens vorgenommen wurde, oder doch diese Gefährlichkeit nicht ohne großes Verschulden ignorirt werden konnte;

J. E., daß nach dem obigen Thatbestande in demselben die gesetzlichen Erfordernisse des Begriffs anzutreffen sind, indem der Diebstahl von dem Fuhrwerk nur dadurch ermöglicht sein kann, daß dasselbe zur Zeit des Diebstahls nicht verschlossen war, welches um so gewisser conform der Behauptung des Klägers, anzunehmen ist, da von einer Erbrechung des Verschlusses nichts constirt, und daß die beiden Begleiter eine kürzere oder längere

Digitized by Google

Zeit von dem Fuhrwerk sich entfernten und dasselbe ohne Aufsicht ließen, eine Handlung, bei welcher ohne gröblichste Verschuldung von ihnen nicht ignorirt werden konnte, daß die ohne Aufsicht gelassene Sache, zu deren custodia die Begleiter verpflichtet waren, der größten Gefahr des Diebstahls, zumal zur dunkeln Abendzeit in einer stark bevölkerten Fabrikstadt ausgesetzt wurde;

Daß aber auch abgesehen hiervon die Eisenbahn-Verwaltung schon aus dem Grunde für den ganzen Schaden aufkommen muß, weil ihr gesetzlich das gedachte Privileg nicht zur Seite steht, wenn sie die zum Transport mittelst der Eisenbahn zu versendenden Güter bei dem Versender abholen läßt, und der Schaden oder Verlust während des Transports zur Eisenbahn eintritt, indem sie in solchem Falle als gewöhnlicher Frachtführer erscheint, welcher nach Maßgabe des Art. 395 und 396 des H.-G.-B. für den ganzen gemeinen Handelswerth der Sache aufkommen muß, so fern er nicht den ihm im §. 395 der H.-G.-B. nachgelassenen Beweis führen kann;

Daß nämlich das Wesentliche des Eisenbahn-Unternehmens in dem Transport von Personen und Gütern *auf der Bahn* von einem an der Bahn gelegenen Orte zu einem weiteren ebenfalls daran gelegenen Orte besteht, wie dies beispielsweise im §. 422 des H.-G.-B. zum Ausdruck kommt, wo es heißt, daß eine Eisenbahn-Gesellschaft die bei ihr nachgesuchte Eingehung eines Fracht-Geschäfts *für ihre Bahnstrecke* nicht verweigern kann, wo nicht besondere Gründe obwalten, wogegen das Abholen der Güter lediglich von ihrem Belieben abhängt, und daß ferner den §§. 427, 428, 429, 430 und ff. überall die Unterstellung zum Grunde liegt, daß der Contract mit der Eisenbahn erst durch die Annahme resp. die Ausfertigung des Frachtbriefes zur Perfection gelangt, und die singulären Bestimmungen über die Haftbarkeit nothwendig den bereits erfolgten Abschluß des Frachtvertrags durch den Frachtbrief voraussetzen, während das Abholen der Güter von dem Versender sich in Bezug auf den Transport auf der Eisenbahn selbst als eine denselben vorbereitende Handlung charakterisirt, die ohne vorherigen Abschluß eines förmlichen Fracht-Vertrages statt hat und nicht einmal die Verpflichtung zum Transport des abgeholten Guts involvirt, da der Ausfertigung des Frachtvertrags eine Prüfung der Zulässigkeit des Transports der Sache vorhergehen muß;

Digitized by Google

J. E., daß mit diesen Grundsätzen auch das Betriebs-Reglement vom 10. Juni 1870 in Uebereinstimmung steht, indem unter der Rubrik: Beförderung von Gütern im §. 4 gesagt wird, daß der Frachtvertrag durch die Ausstellung des Frachtbriefes Seitens des Absenders und durch die zum Zeichen der Annahme erfolgende Aufdrückung des Expeditions-Stempels Seitens der Expedition der Absende-Station geschlossen werde, und im §. 17 l. c. ihre Haftpflicht in ihrer Eigenschaft als Eisenbahn an den Abschluß des Frachtvertrages geknüpft erscheint;

J. E., daß zwar notorisch die Eisenbahnen sich nicht darauf beschränken, die Güter von einem Ort zum andern zu transportiren, sondern daß sie sich auch damit befassen, den Adressaten die Güter an ihre Wohnungen zu verabfolgen, weshalb denn auch das Reglement in dem §. 14 l. c. dahin gehörige Bestimmungen erlassen hat;

Daß es auch, was jedoch hier nicht zu untersuchen ist, Rechtens sein mag, daß wenn sie solchen Weitertransport selbst besorgt oder durch Rollfuhrwerk-Unternehmer bewerkstelligen läßt, ihre Haftpflicht sich nach dem Maßstab ihres Frachtbriefes regelt; daß aber ein Gleiches nicht von dem Fall der Abholung der Güter von den Versendern gesagt werden kann, indem für diesen Transport die rechtliche Bedeutung des Frachtbriefes, der erst später abgeschlossen worden, nicht maßgebend sein kann, wenn nicht etwa das Reglement das Gegentheil festsetzt;

Daß dies jedoch nicht der Fall ist; daß zwar der §. 14. l. c. besagt, daß der Eisenbahn-Gesellschaft die Befugniß zustehe, besondere Rollfuhr-Unternehmer zum An- und Abfahren der Güter zu bestellen, und daß auf diese der §. 18 des Reglements Anwendung finden solle, welcher bestimmt, daß die Eisenbahn für ihre Leute und für andere Personen, deren sie sich bei Ausführung des von ihr übernommenen Transports bedienen, haftbar sei;

Daß aber hierdurch auf keine Weise der Frage präjudicirt ist, ob die Eisenbahn-Verwaltung in einem einzelnen bestimmten Falle als mit besondern Pflichten belastete und mit besondern Privilegien begünstigte Transport-Gesellschaft, oder als gewöhnlicher dem gemeinen Recht unterworfenen Frachtführer anzusehen sei;

Daß demnach, da nach dem Obigen die B.-M. Eisenbahn-

Digitized by Google

Gesellschaft bei dem Abholen des Ballen Seide durch ihren Fuhr-Unternehmer Klopphaus nur als gewöhnlicher Frachtführer erscheint, sie auch schon als solcher nach der Vorschrift der Art. 395 und 396 für den ganzen Schaden, bestehend in dem Ersatz des gemeinen Handelswerths der Seide, aufkommen muß, und demnach die Berufung vom Urtheil a quo, welches die Haftpflicht der Eisenbahn-Gesellschaft im gleichen Umfang anerkannt und die geeigneten Beweise aufgegeben hat, zu verwerfen ist.

Aus diesen Gründen

verwirft der Hof die Berufung der B.-M. Eisenbahn-Verwaltung sowohl als die des Fuhr-Unternehmers Klopphaus, von dem Urtheil des Kgl. Handels-Gerichts zu Elberfeld vom 13. April 1872 u. s. w.

II. Senat. Sitzung vom 3. Mai 1873.

Advokaten: Dubbelmann — Herbertz — Nacken.

Fallit-Erklärung. — Zahlungs-Einstellung. — Nichthandelsschuld.

Die Nichtzahlung civilrechtlicher Schulden Seitens eines Kaufmannes begründet für sich allein nicht dessen Falliterklärung.

Schütte — Forstmann.

J. E., daß aus der Bestimmung des Art. 437 des Rh. H.-G.-B., wonach jeder Handelsmann, welcher seine Zahlungen einstellt, im Zustande des Falliments ist, sich sowohl ergibt, daß der eigentliche Fallitzustand im Gegensatze zu dem Zustande der Vermögenszerrüttung des Civilrechts (état de déconfiture) nur bei einem Handelsmanne eintreten kann, als auch, daß die Falliterklärung nicht durch die Insuffiziens des Vermögens an sich begründet wird, sondern die Insolvenz durch wirkliche Einstellung der Zahlungen hervorgetreten sein muß, ohne welche die Unfähigkeit eines Handelsmannes zur Fortsetzung seiner Geschäfte im Sinne des gedachten Art 437 nicht als vorhanden angenommen werden kann;

Digitized by Google

J. E., daß, wenn letzterer nun auch nur von Einstellung der Zahlungen ohne ausdrückliche Restriktion auf Zahlungen von Handelsschulden spricht, doch nach dem Vorgesagten die Insolvenz eines Handelsmannes als solchen nur aus der Nichterfüllung seiner Handelsverbindlichkeiten zu entnehmen ist;

Daß auch der Art. 441 des Rh. H.-G.-B., welcher von der Eröffnung des Falliments durch das Handelsgericht und von der Festsetzung des Zeitpunktes derselben handelt, in seiner früheren Fassung ausdrücklich die Bestimmung enthielt, daß da, wo die Falliterklärung nur auf der Nichtzahlung beruht, die Epoche der Eröffnung von dem Tage an bestimmt werden soll, an welchem die Weigerung des Handelsmannes, seine Handelsverpflichtungen zu erfüllen, hervorgetreten; und demgemäß auch durch eine feststehende Jurisprudenz anerkannt ist; daß es bei Beurtheilung der Frage, ob ein Handelsmann im Sinne des bezogenen Art. 437 seine Zahlungen eingestellt habe, lediglich darauf ankomme, ob er seine Verbindlichkeiten als Handelsmann zu erfüllen nicht mehr im Stande gewesen und die Zahlung von Handelsschulden verweigert habe;

J. E., daß, wenn nun auch die gedachte Bestimmung des Art. 441 in dem Art. 441 der Novelle vom 9. Mai 1859 keine Aufnahme gefunden hat, und letzterer überhaupt eine besondere Bezeichnung der den Zeitpunkt der Fallimentseröffnung bestimmenden Momente nicht enthält, hieraus doch keineswegs gefolgert werden kann, daß der Gesetzgeber den fraglichen, in dem früheren Art. 441 ausgesprochenen Rechtsgrundsatz habe verlassen wollen, vielmehr die dem gedachten Gesetze zu Grunde liegenden Verhandlungen eine ausdrückliche Bestätigung der bisherigen Rechtsanschauung enthalten, und aus denselben sich ergibt, daß man nur, um bezüglich der Umstände, welche für die Festsetzung des Zeitpunktes der Zahlungseinstellung als erheblich und entscheidend zu erachten, den Richter in keiner Weise zu binden, von der früheren Fassung des Artikels abgewichen ist;

J. E., daß hiernach auch gegenwärtig noch immer als Grundsatz festzuhalten ist, daß, so lange ein Handelsmann seine Handelsverpflichtungen erfüllt, die Nichtzahlung von civilrechtlichen Schulden an sich dessen Falliterklärung nicht begründet;

Daß damit freilich nicht ausgeschlossen ist, daß die verweigerte oder verzögerte Erfüllung einer Nichthandelsschuld und die

Digitized by Google

dadurch herbeigeführten gerichtlichen Schritte auch die Zahlungs-Einstellung bezüglich der Handelsverbindlichkeiten zur unmittelbaren Folge haben kann;

Daß letzteres insbesondere dann der Fall sein würde, wenn der Handelsmann wegen einer civilrechtlichen Schuld es zu solchen gerichtlichen Schritten kommen ließe, welche, wie etwa eine Exekution in das Waarenlager, in den Handelsbetrieb selbst störend eingriffen und dessen Fortsetzung behinderten;

J. E., daß nun im vorliegenden Falle keine dieser Voraussetzungen zutrifft, welche nach dem Gesagten eine Falliterklärung des Appellaten begründen könnten;

Daß nämlich als Schulden, deren Zahlung zur Zeit des Antrags des Appellanten auf Falliterklärung vom 10. Januar 1873 vom Appellaten verweigert worden, nur die Hypothekenforderung des Appellanten selbst von 15,000 Thlrn. auf Grund einer Obligation vom 19. Dezember 1862, der Pachtrückstand zu Gunsten des Freiherrn von Solemacher pro 11. November 1872 von 376 Thlrn. und die Forderungen des Fiscus und der Gemeinde Ruwer wegen rückständiger Steuern aus dem Jahre 1872 betrachtet werden können;

Daß aber abgesehen davon, daß die nachträglich erfolgte Zahlung des gedachten Pachtrückstandes bereits durch das Urtheil a quo constatirt ist, und Appellat wegen der Steuern eine zum Theil auch als begründet anerkannte Reclamation erhoben hatte, der erste Richter genügend ausgeführt hat, daß keine der vorbezeichneten Schulden als Handelsschuld angesehen werden könne;

Daß, wenn es auch wegen der Pachtforderung und des Steuerrückstandes bis zur Mobilarpfändung bei dem Appellaten gekommen, doch nicht einmal behauptet worden ist, daß diese Pfändungen den geringsten störenden Einfluß auf den Handelsbetrieb des Appellaten ausgeübt hätten;

Daß allerdings in der Restforderung der Gebrüder Methner zu Landeshut von 300 Thlrn. aus einem Urtheil des Friedensgerichts zu Trier vom 5. April 1865 eine Handelsschuld zur Zeit des angegriffenen Urtheils bestand;

Daß aber nicht constirt, daß vor der gemäß Schreiben der Gläubiger vom 11. März d. J. am 7. ejusdem geschehenen Zahlung eine Mahnung, geschweige denn sonstige Schritte der Gläubiger gegen den Appellaten erfolgt seien;

Digitized by Google

Daß es endlich auch keiner weiteren Ausführung dafür bedarf, daß die unterlassene Versicherung der dem Appellaten verpfändeten Realitäten gegen Feuersgefahr der Frage, ob eine Zahlungs-Einstellung im Sinne des mehrbezogenen Art. 437 stattgefunden, völlig fremd ist;

Daß nach allen dem mit dem ersten Richter der Antrag des Appellanten auf Falliterklärung des Appellaten als unbegründet zurückzuweisen ist.

Aus diesen Gründen

verwirft der Hof die Berufung von dem Urtheile des Kgl. Handelsgerichtes zu Trier vom 20. Januar 1873, unter Verurtheilung des Appellanten in Strafe und Kosten.

1. Senat. Sitzung vom 13. Mai 1873.

Advokaten: Lautz — Drewke.

Spediteur. — Haftbarkeit. — Competenz im Falle mehrerer Beklagten.

Der Spediteur kann im Falle eines Verlustes des Frachtgutes, falls ihn dabei keine Schuld trifft, nicht deßhalb in den Prozeß gezogen werden, um durch ihn den Ersatzanspruch gegen den Frachtführer zu vermitteln.

Art. 59, al. 2 der B. Pr.-O., wonach, wenn mehrere in verschiedenen Gerichtsbezirken wohnende Beklagte vorhanden sind, der Kläger die Sache nach seiner Wahl vor dem Richter des Wohnortes des einen oder des andern der Beklagten gegen alle anhängig machen kann, setzt eine Klage voraus, welche einen aus demselben Rechts-Verhältnisse entspringenden, gegen sämmtliche Verklagte gleichmäßig zu verfolgenden Rechtsanspruch zum Gegenstande hat.

Götze und Stärk — Pastor — Berg. Märkische Eisenbahn-Gesellschaft.

Die Handlung Götze und Stärk zu Aachen empfing am 24. September 1870 von dem Kaufmann Pastor daselbst 8

Digitized by Google

Ballen Wollengarn zur Spedition an Robert Drechsel in Nordhausen restante Station Leinefelde, und besorgte deren Versandt auf der Bergisch-Märkischen Eisenbahn. Weil der Adressat dem Pastor inzwischen nicht zuverlässig erschien, so wurden die Waaren gemäß dessen Ordre an gedachter Station angehalten und später Seitens der Eisenbahn einem Speditionshause in Leinefelde auf Lager gegeben, wonach sie in Verlust geriethen. In Folge dessen erhob Pastor am 14. März 1871 gegen die Handlung Götze und Stärk beim Handelsgericht in Aachen Klage auf Ersatz der Waaren. Jene bestritt jede Verpflichtung in dieser Beziehung, ließ aber am 25. März 1871 die Bergisch-Märkische Eisenbahn-Verwaltung zu ihrer Vertretung beiladen. Durch den Widerspruch von Götze und Stärk veranlaßt, erhob sodann Pastor am 11. September 1871 auch gegen die gedachte Eisenbahn-Verwaltung eine Klage zum Kgl. Handelsgerichte in Aachen, mittelst welcher er eine Verurtheilung der Eisenbahn-Gesellschaft im Sinne der gegen Götze und Stärk erhobenen Klage für den Fall verlangte, daß nicht dieser Klage stattgegeben werden sollte. Die Eisenbahn-Gesellschaft bestritt bezüglich dieser gegen sie erhobenen Hauptklage in erster Linie die Competenz des Handelsgerichtes in Aachen, weil sie ihr Domizil in Elberfeld habe.

Das Handelsgericht nahm in seinem Urtheile vom 15. Januar 1872 an, daß die verklagte Handlung Götze und Stärk wegen des Verlustes der fraglichen Waaren kein Verschulden treffe, erkannte aber dennoch gegen jene im Sinne der Klage und verurtheilte die adcitirte Eisenbahn-Gesellschaft zur vollständigen Schadloshaltung der verklagten Handlung gegenüber. Bezüglich der von Pastor gegen die Eisenbahn-Gesellschaft angestellten Hauptklage hielt das Handelsgericht sich für competent, erklärte dieselbe aber als durch die Entscheidung gegen Götze und Stärk erledigt.

Auf die Berufung von Götze und Stärk und der Eisenbahn-Gesellschaft erkannte der Hof reformatorisch wie folgt:

Urtheil:

In E., daß aus Vorstehendem (dem thatsächlich festgestellten) sich ergibt, daß die appellantische Handlung Götze und Stärk die von ihr übernommene Versendung der fraglichen Ballen ordnungsmäßig ausgeführt hat und überall den ihr von dem Appellaten Pastor ertheilten Anweisungen pünktlich nachgekommen ist;

Digitized by Google

Daß auch von letzterem selbst nicht näher artikulirt worden ist, in welcher Beziehung Appellantin ihren Verpflichtungen aus dem Speditionsvertrage zuwider gehandelt, und sich eines Versehens im Sinne des Art. 380 des Allg. D. H. G.-B. schuldig gemacht haben sollte;

Daß demgemäß, wie auch von dem ersten Richter angenommen ist, der appellantischen Handlung keine Schuld wegen des Verlustes der Waare beigemessen werden kann;

J. E., daß es in diesem Falle aber auch an jedem rechtlichen Grunde zu einer Verurtheilung der letzteren im Sinne der angestellten Klage mangelt, und eine solche insbesondere nicht mit dem ersten Richter darauf gestützt werden kann, daß Pastor, so lange ihm nicht Seitens der Verklagten deren Rechte gegen die Eisenbahn-Gesellschaft übertragen worden, sich nur an erstere halten könne, da der Spediteur, falls ihn bei der Wahl des Frachtführers kein Versehen trifft, für ein etwaiges Verschulden des letzteren nicht in Anspruch genommen werden kann, sondern wegen des zwischen Versender und Frachtführer mangelnden directen Vertragsnexus nur insofern seine Vermittelung bieten muß, als er die Forderungen, welche er etwa gegen den Frachtführer erworben, an den Versender zu übertragen verpflichtet ist, Art. 368 und 387 des H. G.-B.; Appellant Pastor jedoch nicht einmal behauptet, daß ihm die Uebertragung solcher gegen die Eisenbahn-Gesellschaft bestehenden Forderungen jemals von Götze und Stärk verweigert worden; jedenfalls aber auch, wenn dieses geschehen wäre, Pastor gegen Götze und Stärk nur auf Vollziehung eines solches Uebertrags klagen konnte, wogegen die angestellte Klage, um welche es sich hier handelt, und auf welche die Eisenbahn-Gesellschaft von Götze und Stärk als ihnen dafür garantiepflichtig nach Aachen adcitirt ist, die Abtretung von Rechten nicht zum Gegenstande hat;

J. E., daß nach allen dem unter Abänderung des angegriffenen Urtheils die gegenwärtig erhobene Klage als unbegründet abzuweisen ist;

J. E., auf die zweite Hauptklage des Gottfried Pastor gegen die Bergisch-Märkische Eisenbahn-Gesellschaft vom 11. September 1871;

Daß letztere derselben vor allem die Einrede der Incompetenz wegen mangelnden Domizils im Bezirke des Kgl. Handelsgerichts zu Aachen entgegensetzt, Pastor sich aber auf die Be-

Digitized by Google

stimmung des Art. 59, al. 2 der Bürg. Pr.-Ord. beruft, wonach, wenn mehrere in verschiedenen Gerichtsbezirken wohnende Beklagte vorhanden sind, der Kläger die Sache nach seiner Wahl vor dem Richter des Wohnortes des einen oder des andern der Beklagten gegen beide anhängig machen kann;

In Erw., daß jedoch die Anwendbarkeit dieser gesetzlichen Bestimmung eine Klage voraussetzt, welche einen aus demselben Rechtsverhältnisse entspringenden, gegen sämmtliche Verklagte gleichmäßig zu verfolgenden Rechtsanspruch zum Gegenstande hat;

Daß es sich untergebens aber keineswegs um eine solche einheitliche Klage, sondern um zwei besondere Klagen handelt, welche in von einander verschiedenen Rechtsverhältnissen wurzeln und Ansprüche verfolgen, welche sich gegenseitig ausschließen, indem die am 11. September 1871 gegen die Eisenbahn-Gesellschaft erhobene Klage nur einen eventuellen Anspruch zum Gegenstande hat, und mittelst derselben, wie es in der Ladung heißt, nur in so fern, als nicht der Klage gegen die Handlung Götze und Stärk vom 14. März 1871 stattgegeben werde, eine Verurtheilung der verklagten Eisenbahn-Gesellschaft verlangt wird;

In Erw., daß hiernach der bezogene Art. 59, al. 2, keinen rechtlichen Grund bieten kann, die Eisenbahn-Gesellschaft ihrem natürlichen Richter zu entziehen;

Daß daher unter Abänderung der Entscheidung des ersten Richters, welcher unter Annahme seiner Competenz die Klage vom 11. September 1871 für erledigt erklärt hat, und unter Verwerfung der Incidentberufung, mittelst welcher Pastor die Zuerkennung der Klage verlangt, diese Klage als zur incompetenten Stelle erhoben abzuweisen ist;

Aus diesen Gründen

reformirt der Hof auf die von der verklagten Handlung Götze und Stärk und der verklagten Eisenbahn-Gesellschaft gegen den Kläger Gottfried Pastor eingelegte Berufung das Urtheil des Kgl. Handelsgerichts zu Aachen vom 15. Januar 1872 und weist, an dessen Statt erkennend, die von Pastor gegen Götze und Stärk am 14. März 1871 erhobene Klage als unbegründet ab, weist ferner unter Verwerfung der Incidentberufung des Pastor die von diesem gegen die Eisenbahn-Gesellschaft erhobene Klage vom 11. September 1871 wegen Incompetenz des Kgl. Handelsgerichts zu Aachen ab. u. s. w.

I. Senat. Sitzung vom 13. Mai 1873.

Advokaten: Franken — Herbertz — Schilling.

Digitized by Google

Eisenbahn-Gesellschaft. — Haftbarkeit. — Betriebs-Reglement.

Die Bestimmung des Betriebs-Reglements für die Eisenbahnen vom 10. Juni 1870 in B. §. 23, daß der Werth, wenn nicht declarirt, auf 20 Thlr. pro Centner angenommen werden soll, stellt ein von den allgemeinen Rechtsprinzipien gänzlich abweichendes Privileg der Eisenbahnen dar, und setzt deren Anwendung nothwendig voraus, daß im Uebrigen den Vorschriften des Reglements, soweit sie das Verfahren für Fälle des Verlustes von Frachtgut reguliren (§. 19), genügt worden.

Rheinische Eisenbahn-Gesellschaft — Meyer.

Godschaux Frères u. Comp. in Luxemburg sandten an Meyer in Aachen per Eisenbahn einen Ballen Wolle, 276 Pfund, mit Frachtbrief vom 13. Januar 1872 ohne Werthdeklaration. Am 15. desselben Monats erhielt Meyer von der Güterexpedition Aachen Avis über den Eingang des Ballens, jedoch wurde letzterer nicht abgeliefert und erfolgte Seitens der Eisenbahn die Erklärung: „Der Ballen sei in Verlust gerathen und sein Verlust nicht zu ermitteln gewesen."

Meyer verlangte durch Klage beim Kgl. Handelsgerichte zu Aachen vom 11. April 1872 Ersatz des vollen Werthes des Ballens mit 223 Thlr. 10 Sgr., wogegen sich die Eisenbahn-Gesellschaft nur zur reglementsmäßigen Vergütung mit 20 Thlr. pro Centner verpflichtet erachtete.

Das Handelsgericht nahm in seinem Urtheile vom 22. Juli 1872 an, daß der Fall einer böslichen Handlungsweise im Sinne des Art. 427 des H. G.-B. vorliege, indem das spurlose Verschwinden des Ballens von 276 Pfund nur durch grobe Fahrlässigkeit der Bahnverwaltung oder ihrer Leute sich erklären lasse, und verurtheilte die Eisenbahn-Gesellschaft gemäß der Klage.

Auf die von letzterer eingelegte Berufung entschied der Hof wie folgt:

Urtheil:

In E., daß das Reglement vom 10. Juni 1870, §. 22, die Verpflichtung zum Ersatz des Werthes zwar anerkennt, jedoch

Digitized by Google

bestimmt, daß, wenn er nicht deklarirt ist, derselbe nur mit 20 Thlr. per Centner angenommen werden soll, was jedoch im Fall einer böslichen Handlungsweise nach Art. 427 des H. G.-B. ausgeschlossen ist;

J. E., daß das Urtheil a quo das Vorhandensein des letzteren Umstandes angenommen hat, weil das spurlose Verschwinden des Ballens von 276 Pfd. nur durch grobe Fahrlässigkeit der Bahnverwaltung oder ihrer Leute sich erklären lasse;

J. E., daß Mangels aller näheren Artikulationen über die Ursache des Verschwindens, eine bösliche Handlungsweise dadurch allein als constatirt nicht angenommen werden kann;

J. E. jedoch, daß die Bestimmung des Reglements, daß der Werth, wenn nicht declarirt, auf 20 Thlr. angenommen werden soll, offenbar ein von den allgemeinen Rechtsprinzipien gänzlich abweichendes Privileg der Eisenbahnen darstellt, und deren Anwendung nothwendig voraussetzt, daß dieselbe im Uebrigen den Vorschriften des Reglements, soweit sie das Verfahren für Fälle solchen Verlustes reguliren, nachgekommen sei, da dieselben in innerm Zusammenhange stehen;

Daß nun aber das Reglement den Eisenbahnen die Verpflichtung auferlegt, in solchen Fällen „die eingehendsten Recherchen anzustellen, und auf Erfordern den Berechtigten actenmäßige und genaue Mittheilungen über das Resultat der Nachforschungen zu machen", §. 19 des Reglements;

Daß durch das erste der wirkliche Verlust, sowie die von der Eisenbahn angewandte Sorgfalt constatirt wird, und durch das zweite der Berechtigte in die Lage versetzt, weitere Nachforschungen seinerseits zu machen, und nach Maßgabe des Resultats jener Nachforschungen seine Ansprüche zu formuliren und nach Lage der Sache auf den Art. 427 des H. G.-B. zu stützen;

Daß diese Mittheilung nur auf Erfordern vorgeschrieben ist, und wenn sie verweigert würde, als mit dem Verlust des Berechtigten in ursachlichem Zusammenhang stehend, jedenfalls eine bösliche Handlungsweise darstellen würde;

Daß aber im vorliegenden Falle nicht constirt, daß eine solche Mittheilung vergeblich gefordert worden;

J. E., daß die bloße Angabe der zur Ablieferung verpflichteten Eisenbahn, die Waare sei in Verlust gerathen, zur Feststellung dieser Thatsache, deren Beweis ihr obliegt, nicht genügen kann;

Digitized by Google

Daß ihr ebenfalls der Nachweis obliegt, die eingehendsten Recherchen (§. 19) angestellt zu haben;

Daß aber, wenn sie in diesen beiden Beziehungen thatsächlich gar nichts nachweist, oder zum Beweise artikulirt, nur angenommen werden kann, daß der wirkliche Verlust nicht feststehe, und daß von ihr nicht die eingehendsten Recherchen angestellt sind;

Daß hierin aber nicht nur eine bösliche Handlungsweise zu finden wäre im Sinne des Art. 427 des H. G.-B., sondern auch eine Nichtbeobachtung des Reglements namentlich der zum Schutz des Eigenthümers der Waare gegebenen Vorschriften liegt, hieraus aber folgt, daß sie sich auf das ihr in Beziehung des Werthes der nicht abgelieferten Waare durch das Reglement ertheilte Privileg nicht berufen kann, da diese Bestimmungen des Reglements ebenso, als wären sie ausdrücklich in den Frachtvertrag aufgenommen, anzusehen sind;

J. E., daß hiernach die auf Zahlung des wirklichen Werthes gerichtete Klage nach Art. 395 und 396 des H. G.-B. gerechtfertigt erscheint, der §. 23 des Reglements aber hier keine Anwendung finden kann.

Aus diesen Gründen

verwirft der Rh. Appell.-Ger.-Hof die wider das Urtheil des Handelsgerichtes zu Aachen vom 22. Juli 1872 eingelegte Berufung mit Strafe und Kosten.

II. Senat. Sitzung vom 24. Mai 1873.

Advokaten: Compes — Wiedemann.

Klageerweiterung — Erkenntniß-Stempel.

Wird im Laufe eines Prozesses ein über die ursprüngliche Klage hinausgehender Antrag gestellt, dieser aber vom Richter als unzulässig abgewiesen, so erfordert das desfallsige Erkenntniß einen Werthstempel, wenngleich die Abweisung des Antrages aus dem Grunde erfolgt, weil der Richter mit einer Entscheidung über denselben nicht befaßt sei.

Digitized by Google

Provinzial-Steuer-Direction — Englische Gasgesellschaft — Stadt Köln.

Durch Vertrag vom 24. Juli 1840 übertrug die Stadt Köln der Gasgesellschaft die Beleuchtung der Stadt auf 25 Jahre, nach deren Ablauf erstere gemäß Art. 22 des Vertrages die Abtretung der Gaswerke gegen einen durch Sachverständige festzusetzenden Preis verlangen konnte. Damit beim Ablauf der Periode, 1. August 1865, der Werth der Werke feststehe, erhob die Stadt Köln am 28. Mai 1864 gegen die Gasgesellschaft beim Landgerichte in Köln eine Klage, wodurch sie die Aufnahme einer Expertise zum gedachten Zwecke beantragte, und deren Petitum schließlich dahin ging: „Daß die von den Experten so gefundene Restsumme alsdann die der Verklagten zukommende Entschädigung bildet, gegen welche sie der Klägerin den ganzen Apparat mit den zur Gasbereitung benutzten Immobilien am 1. August 1865 abzutreten haben werde."

Am 25. November 1868 erfolgte das Endurtheil des Landgerichtes, wodurch die von den Experten gefundene Summe von im Ganzen 887,800 Thalern als Kaufpreis für den ganzen und vollständigen Gasbeleuchtungs-Apparat der Stadt Köln festgesetzt wurde. Einen von der Stadt Köln genommenen neuen Antrag: Die verklagte Gesellschaft nunmehr auch zur sofortigen Abtretung der Gaswerke zu verurtheilen, wies das Landgericht, weil durch die ursprüngliche Klage nicht damit befaßt, als unzulässig ab.

Der Stempel zu diesem Urtheile wurde als unbestimmter Werthstempel auf 20 Thlr. festgesetzt. Die Steuerbehörde verlangte aber den Werthstempel von der Summe von 887,800 Thlrn., insbesondere auch wegen der durch das gedachte Urtheil erfolgten Entscheidung über den Antrag auf Abtretung der Gaswerke und erlangte auch ein Executorium für den defectirten Stempel.

Die Gasgesellschaft hielt einen höheren Stempel als 20 Thlr. nicht für gerechtfertigt und schritt deßhalb zur Klage gegen die Provinzial-Steuer-Direction beim Landgericht zu Köln, welches letztere durch Urtheil vom 28. Februar 1872 auch im Sinne der Gasgesellschaft entschied.

Auf die dagegen von der Provinzial-Steuer-Direction eingelegte Berufung erkannte der Hof reformatorisch wie folgt:

Digitized by Google

Urtheil:

J. E., daß aber der Fiskus denselben (den höheren Stempel für das Urtheil vom 25. November 1868) jedenfalls und hauptsächlich gerechtfertigt erachtet durch den von der Stadt zu diesem Urtheil genommenen weiteren Antrag: „Demgemäß die Gesellschaft zu verurtheilen, der Stadt Köln sofort den ganzen und vollständigen Gasapparat nebst den zur Gasbereitung benutzten Immobilien gegen Empfangnahme der von den Experten gefundenen Kaufpreissumme von im Ganzen 887,800 Thlrn. abzutreten und zu überliefern;"

J. E., daß dieser Antrag in der That die wirkliche Ausübung des im Art. 22 des Vertrags vorbehaltenen Rechts der Uebernahme der Gaswerke zum Gegenstande hatte, wozu die bisherige Procedur nur als Vorbereitung hatte dienen sollen, und also ein Object betraf, welches nach Gelde schätzbar war, und wofür der Stempel, sowie vom Fiscus geschehen, würde zu berechnen sein;

Daß dieser Antrag jedoch als die Grenzen der Klage, in dem Sinne der bisherigen Verhandlungen und Urtheile aufgefaßt, überschreitend von dem Landgericht durch das Urtheil vom 25. November 1868, bestätigt durch Urtheil des Appellationshofes vom 17. Juli 1869, und als auf einer unzulässigen Klageausdehnung beruhend, zurückgewiesen ist, und der Richter a quo in dem jetzt angegriffenen Urtheil vom 28. Februar 1872 annimmt, daß eben deßhalb, weil dieser Antrag nicht in dem Rahmen der Klage enthalten, auch der Richter mit einer Entscheidung darüber nicht befaßt gewesen, und dieser Antrag daher auf den Stempel jenes Urtheils von keinem Einfluß sei;

J. E., daß der Stempeltarif die Bestimmung des Stempels nicht ausdrücklich von dem Inhalt der Klage abhängig macht, sondern davon, daß über den Gegenstand im Wege des Civilprozesses gestritten worden, und hierunter nicht nur der von den Partheien innerhalb der Grenzen der ursprünglichen Klage gehaltene Rechtsstreit verstanden werden kann, sondern, da es sich von einem Urtheilsstempel handelt, von einem Rechtsstreit, der dem Richter zur Entscheidung vorgelegen hat;

Daß mit dieser Entscheidung der Richter — in dem gewöhnlichen hier nur in Rede stehenden Verfahren — durch den Antrag der Partheien befaßt wird;

Digitized by Google

Daß, wenn diese Entscheidung auch über den materiellen Inhalt des Antrags begehrt wird, doch auch die Frage seiner Prüfung unterliegt, ob und inwieweit der Antrag in zulässiger Weise gestellt sei, die erfolgende Entscheidung aber, wenn sie eine definitive, d. h. die Instanz beendigende ist, sei es, daß über den Antrag, weil zulässig materiell erkannt wird, sei es, daß er als unzulässig verworfen wird, ein Erkenntniß über einen Gegenstand bildet, welches dem Stempel unterliegt, der, wenn dieser Gegenstand in Geld schätzbar ist, nach Pos. Erkenntnisse A. a. bestimmt werden muß;

J. E., daß sich hiernach der vom Fiscus verlangte Stempel rechtfertigt, und die Klage der Gesellschaft gegen ihn ungegründet ist, daß aber die Reconvention desselben, die Gesellschaft zur Zahlung zu verurtheilen, sich dadurch erledigt, daß er bereits im Besitze eines exekutorischen Titels zur Beitreibung des Stempels ist durch das ihm ertheilte Executorium des Landgerichts vom 2. October 1871.

Aus diesen Gründen

weist der Rh. Appell.-G.-H. unter Reformation des Urtheils des Königl. Landgerichtes zu Köln vom 28. Februar 1872 die Klage der Gasgesellschaft gegen die Provinzial-Steuer-Direction als unbegründet ab.

II. Senat. Sitzung vom 24. Mai 1873.

Advokaten: Vagedes. — Pheifer. — Esser I. jun.

Vertrag über Vermittelung einer Heirath. — Ungültigkeit.

Ein Vertrag, wodurch A. sich dem B. gegenüber zur Zahlung von 1000 Thlrn. Provision dafür verpflichtet, daß letzterer die Heirath zwischen ersterm und der Wittwe N. vermittele und dafür garantire, daß diese einschließlich des Vermögens ihrer Kinder ein Vermögen von 20,000 Thlrn. besitze, ist als den guten Sitten zuwider

Digitized by Google

ungültig und kann auch durch eine spätere Genehmigung keine Rechtsgültigkeit erlangen.

Porgmann — Gille.

II. Senat. Sitzung vom 31. Mai 1873.

Advokaten: Franken — Bessel.

Kriegsleistungen. — Vergütung. — Competenz.

Die Feststellung der für Kriegsleistungen zu gewährenden Vergütungen ist der Cognition der Gerichte entzogen und erfolgt in einem rein administrativen Verfahren.

Gesetz vom 11. Mai 1851.

Bürgermeisterei Frimmersdorf — Froitzheim.

J. E., daß Appellantin der Klage des Appellaten, womit dieser Vergütung für eine während der Zeit vom 18. September bis 19. November 1870 zu Kriegszwecken gestellte Fuhre und Entschädigung für den dabei an Gespann und Geschirr erlittenen Verlust und Verderb verlangt, in dieser Instanz den Einwand entgegensetzt, daß die Entscheidung über solche Ansprüche der gerichtlichen Cognition entzogen sei;

J. E. in dieser Beziehung, daß Inhalts der vorliegenden Schriftstücke der Vertreter der appellantischen Gemeinde in Folge einer Verfügung des Kgl. Landraths zu Grevenbroich vom 14. September 1870 am 17. desselben Monats an den Appellaten eine Aufforderung ergehen ließ, worin letzterer auf Grund des Gesetzes vom 11. Mai 1851 angewiesen wurde, am 19. September Mittags 12 Uhr in Neuß einen Vorspannwagen mit 2 Pferden und Führer pünktlich zu gestellen;

Daß unbestrittenermaßen Appellat dieser Aufforderung auch unweigerlich Folge geleistet hat, ohne daß derselben irgend welche Unterhandlungen über die fragliche Leistung und die dafür etwa zu gewährende Vergütung zwischen ihm und dem Vertreter der Appellantin vorhergegangen oder gefolgt sind;

Daß sich hieraus aber unzweifelhaft ergibt, daß die Gestellung des Fuhrwerks Seitens des Appellaten keineswegs auf Grund eines zwischen ihm und der Appellantin zu Stande ge-

Digitized by Google

kommenen Vertrages erfolgt ist, und insbesondere nicht von einem dem Appellaten ertheilten Auftrage im rechtlichen Sinne des Wortes die Rede sein kann, die Appellantin vielmehr hier von dem ihr durch §. 17 des Gesetzes vom 11. Mai 1851 verliehenen Rechte, sich der ihr gemäß §. 16 dieses Gesetzes obliegenden Verpflichtung zur Leistung des Vorspanns durch Heranziehung einzelner Mitglieder der Gemeinde, nöthigenfalls im Wege des Zwanges, zu entledigen, Gebrauch gemacht, und Appellat in Anerkennung dieses Rechtes und, um dem ihm drohenden Zwange zu entgehen, freiwillig der an ihn ergangenen Aufforderung Folge geleistet hat;

Daß, wenn auch, wie Appellat geltend macht, gemäß der Bestimmung des bezogenen §. 17, den Gemeinden ein solches Zwangsrecht gegen ihre Mitglieder nur dann zusteht, wenn sie sich die Gegenstände der Kriegsleistungen auf andere Art nicht beschaffen können, und untergebens eine solche Unmöglichkeit zur Beschaffung der fraglichen Fuhre von der Appellantin nicht dargethan worden, hierdurch doch offenbar an der rechtlichen Natur der geschehenen Leistung als einer auf Grund des §. 17 erzwungenen nichts geändert wird;

J. E., daß wenn hiernach der Entschädigungsanspruch des Appellaten nicht in einem Vertrage, sondern einzig in dem Gesetze vom 11. Mai 1851 seine Begründung findet, auch, was dessen rechtliche Verfolgung betrifft, nur die Bestimmungen dieses Gesetzes maßgebend sind, aus diesen sich aber ergibt, daß der Anspruch des Appellaten der gerichtlichen Cognition entzogen ist, und dessen Festsetzung lediglich im Verwaltungswege zu erfolgen hat;

Daß nämlich der mehrerwähnte §. 17 am Schlusse bezüglich aller von den Gemeinden den Eigenthümern zu leistenden Entschädigungen die Bestimmung enthält, daß deren Feststellung nach §. 12 erfolgen soll, letzterer, welcher von den Seitens der Gemeinden gegen Vergütung herzugebenden Gebäuden und Grundstücken handelt, aber im Anschluß an die frühere Gesetzgebung, insbesondere an die auch im §. 14 ausdrücklich bezogene Verordnung vom 24. Februar 1834 „über die Lieferung von Pferden bei eintretender Mobilmachung“ ein Verfahren durch Commissarien vorschreibt, welches nach §. 21 durch Anmeldung der Ansprüche bei dem betreffenden Landrathe eingeleitet wird;

Daß ein solches Verfahren aber in Ermangelung entgegen-

Digitized by Google

stehender gesetzlicher Bestimmungen natürlich nur ein rein administratives sein kann;

Daß für die Annahme des Appellaten, daß die commissarische Feststellung nur eine provisorische sein, die definitive Entscheidung jedoch den Gerichten vorbehalten bleiben soll, es an jedem Anhaltspunkte im Gesetze fehlt, und insbesondere der Umstand, daß letzteres die Festsetzung durch Commissarien nicht ausdrücklich als eine endgültige bezeichnet, für sich allein nicht den Schluß rechtfertigen kann, daß dieselbe nur eine provisorische sein soll;

z. E., daß, wenn §. 18 des mehrbezogenen Gesetzes bezüglich der Entscheidungen der Kreis- resp. Provinzial-Vertretungen, welche in Betreff der Ausgleichung der Kriegslasten zwischen einzelnen Gemeinden oder Kreisen ergehen, der Ausschließung des Rechtsweges ausdrücklich erwähnt, hierfür eine besondere Veranlassung dadurch gegeben war, daß das allg. Preuß. Landrecht in den §§. 9 und 79, Theil II., Tit. 14, bei Streitigkeiten solcher Art den Rechtsweg ausdrücklich gestattet, und somit also aus jener Verfügung des §. 18 kein Argument für das Gegentheil in andern Fällen hergeleitet werden kann;

Daß, wenn auch die auf Grund des §. 24 des Gesetzes erlassene Ministerial-Instruction zu §. 12, welche, wie dieser selbst unmittelbar nur Gebäude und Grundstücke im Auge hat, in Fällen, wie der vorliegende, in ihren einzelnen Bestimmungen nicht vollständig zur Ausführung gelangen kann, insbesondere was die Vorschrift betrifft, daß die Abschätzung der Realitäten sowohl bei der Uebergabe als bei der Zurückgabe erfolgen soll, doch immerhin den an sich klaren Bestimmungen der §§. 17 und 12 gemäß das Verfahren ein administratives bleiben muß, wobei denn die betreffenden Vorschriften in Anwendung kommen, soweit sie auf die concreten Fälle und Entschädigungsobjecte passen;

z. E., daß, wenn der Appellat sich noch auf den §. 22 des Gesetzes vom 11. Mai 1851 beruft, wonach dies Gesetz nur für die Dauer des mobilen Zustandes der Armee gelten soll, diese Auffassung des §. 22 nicht zutreffend ist, wie sich schon daraus ergibt, daß der §. 21, indem er die Anmeldung von Ansprüchen auf Vergütung von Kriegsleistungen bei dem betreffenden Landrathe noch ein Jahr lang nach erfolgter Demobilmachung gestattet, das Fortbestehen des administrativen Ver-

Digitized by Google

fahrens nothwendig voraussetzt, also auf das Verfahren die gedachte Bestimmung des §. 22 sich nicht beziehen kann;

Daß nach allen dem die von der Appellantin erhobene Incompetenz-Einrede begründet erscheint, und demgemäß das Urtheil erster Instanz aufzuheben ist.

Aus diesen Gründen

erklärt der Hof unter Aufhebung des Urtheils des Kgl. Landgerichts zu Düsseldorf vom 13. März 1872 die Gerichte zur Feststellung der von dem Appellaten verlangten Vergütung und Entschädigung für nicht zuständig, und weist demgemäß die von jenem gegen die Appellantin erhobene Klage vom 17. November 1871 ab, verurtheilt den Appellaten in die Kosten beider Instanzen und verordnet die Rückgabe der Strafgelder.

I. Senat. Sitzung vom 11. Juni 1873.

Advokaten: Pheifer — Herbertz.

Accreditiv. — Papier auf den Inhaber. — Commissionsauftrag zur Remittirung einer Summe Geldes an einen gewissen Ort.

Ein Accreditiv enthält ein Zahlungsmandat, nicht auch ein Mandat, einzucassiren. Es ist nicht wie Papiere auf den Inhaber, Wechsel oder Ordre-Anweisungen Träger eines Forderungsrechts für den durch das Papier legitimirten Inhaber.

Der Angewiesene muß die Identität des Präsentanten mit der Person, auf welche das Accreditiv lautet, prüfen. Macht diese Person von dem Accreditiv keinen Gebrauch oder wird an dieselbe von dem Angewiesenen nicht gezahlt, so ist ihr Recht, von dem Aussteller des Accreditivs das an diesen für letzteres Gezahlte zurückzufordern, nicht an den Besitz oder die Amortisation des Papiers geknüpft. Dem Commissions-Auftrag, eine Summe Geldes an einen gewissen Ort zu remittiren, kann unter besonderen Um-

Digitized by Google

ständen durch Anschaffung und briefliche Zusendung eines Accreditivs genügt werden.

Ph. und S. Bock — Deichmann u. Comp. und Cons.

Am 29. März 1871 beauftragte die Handels-Gesellschaft Philipp und Simon Bock zu Köln das dortige Bankhaus Deichmann u. Comp. per Draht für sie in Berlin 12,000 Gulden Oesterr. Währung kurze Sicht per Wien zu kaufen und ihrem Herrn Simon Bock direct nach Wien, Hôtel Kronprinz, senden zu lassen. In Folge dessen telegraphirte Deichmann u. Comp. am nämlichen Tage an die Bank- und Handels-Gesellschaft Cohn-Bürgers u. Comp. in Berlin: remittirt billigst 12,000 Florin kurze Sicht Wien Simon Bock in Wien. Cohn-Bürgers u. Comp. schickten am selbigen Tage mittelst recommandirten Briefes an Simon Bock in Wien einen Wechsel von 505 Gulden Oesterreichischer Währung und ein Schriftstück folgenden Inhalts:

„Accreditiv von Ch. S. Neufeld. Herrn Simon G. Sina in Wien. Berlin den 29. März 1871.
Hierdurch stelle ich bei Ihnen die Summe von 11,500 Florin Oesterreichischer Währung zur Verfügung des Herrn Simon Bock und ersuche Sie im Benutzungsfalle obigen Betrag acht Tage dato gegen Quittung zu zahlen und laut Bericht in Rechnung zu stellen."

gez.: Ch. S. Neufeld.

Nach der Behauptung des Simon Bock gelangte dieser Brief nicht in dessen Hände, wurde vielmehr im Hôtel Kronprinz durch einen unberechtigten Dritten abgenommen, welcher auf Grund des letzterwähnten Schriftstückes den Betrag von 11,500 Gulden erhob, und mit dem Namen „Simon Bock" quittirte.

In Folge dessen weigerte die Handlung Philipp und Simon Bock die Gutschrift des obigen Betrages in dem Contocurrente von Deichmann u. Comp. Letztgenanntes Bankhaus erhob deßhalb am 17. Mai 1871 gegen die Handelsgesellschaft Philipp und Simon Bock Klage beim Handelsgerichte in Köln auf Zahlung von 6514 Thlrn. 25 Sgr. nebst 6 % Zinsen vom 29. März 1871 und stützte diese Klage wesentlich auf die Behauptung, daß es als Commissionärin der verklagten Gesellschaft gehandelt, und auf Grund des Art. 371 des H.-G.-B. Ersatz der gehabten Auslagen verlange. Zugleich ließ das kla-

Digitized by Google

gende Bankhaus sich beurkunden, daß es jederzeit bereit sei, in Gemäßheit des Art. 368 des H.-G.-B. seine Ansprüche aus dem Commissionsgeschäfte gegen Cohn-Bürgers u. Comp. den Beklagten Philipp und Simon Bock abzutreten.

Die verklagte Handelsgesellschaft erklärte sich bereit, der Klägerin die Summe von 274 Thlrn. 2 Sgr. Valuta 29. März 1871 zu bezahlen, beantragte aber die Mehrforderung der Klägerin abzuweisen, und zwar aus dem Grunde, weil sie der Klägerin den Auftrag gegeben habe, den Betrag von 12,000 Florin in kurzer Sicht in Wechseln auf Wien anzuschaffen und ihrem Theilhaber Simon Bock in Wien zu schicken, Klägerin aber nur einen Wechsel im Betrage von 505 Florin und die Anweisung vom 29. März 1871 eingeschickt habe, deren Betrag von 11,500 Florin aber nicht an Simon Bock ausbezahlt, vielmehr auszuzahlen verweigert worden.

Die Klägerin erwiderte darauf, daß der Auftrag nicht dahin gelautet habe, Wechsel anzuschaffen, sondern möglichst billigst 12,000 Florin kurz Wien in Berlin anzuschaffen, und an Simon Bock in Wien zu remittiren, und sie diesen Auftrag auch ausgeführt habe, daß in gleicher Weise auch frühere Aufträge so ertheilt und ausgeführt worden seien, und daß sie, Klägerin, ihre Verpflichtung als Commissionärin mit dem Augenblicke vollständig erfüllt habe, wo der recommandirte Brief in Berlin aufgegeben worden sei.

Außerdem aber ließ die Klägerin die Handlung Cohn-Bürgers u. Comp. beiladen, um sie gegen die Einreden der Verklagten zu vertreten, indem sie hervorhob, daß sie derselben genau denselben Auftrag gegeben habe, welchen sie von der Verklagten erhalten.

Cohn-Bürgers u. Comp. trugen auf Abweisung der Adcitation an, ließen aber ihrerseits zu ihrer Vertretung den Ch. S. Neufeld beiladen, indem sie sich darauf stützten, daß er ihnen in gleicher Weise verantwortlich sei, wie sie dem Hause Deichmann u. Comp.

Neufeld trug auf Abweisung der Unter-Adcitation an und ließ seinerseits das Haus Sina in Wien zu seiner Vertretung beiladen, indem er behauptete, daß dieses dafür verantwortlich sei, wenn es an einen unrichtigen Dritten bezahlt habe.

Sina bestritt jede Vertretungspflicht und jede Verantwortlichkeit.

Digitized by Google

Durch Urtheil vom 5. Januar 1872 verurtheilte das Handelsgericht die verklagte Handelsgesellschaft Philipp und Simon Bock zur Zahlung der eingeklagten Summe nebst Zinsen und Kosten an das klagende Bankhaus Deichmann u. Comp. und erklärte die Adcitationen für erledigt.

Von diesem Erkenntnisse ergriff die Handelsgesellschaft Phil. und Simon Bock die Berufung, und erfolgten in Folge dessen die Adcitationen wie in erster Instanz.

Der Appell.-G.-H. erkannte confirmatorisch durch folgendes

Urtheil:

J. E., daß es zum Zweck der Entscheidung über die entgegengesetzten Rechtsausführungen der Parteien angemessen erscheint, zunächst die rechtliche Natur des Schriftstückes, welches zu diesem Rechtsstreit den Anlaß gegeben hat, und die daraus sich ergebenden Rechtsverhältnisse der betreffenden Personen zu prüfen;

Daß dieses Schriftstück nach Fassung und Inhalt nur ein Zahlungsmandat ist, indem es sich selbst als Accreditiv bezeichnet und besagt, daß die Zahlung von Sina an Simon Bock im Benutzungsfalle gegen Quittung geschehen solle;

Daß es gemäß diesem Inhalt schon deßhalb keine kaufmännische Anweisung ist, weil eine solche ihrem Wesen nach zugleich ein Eincassirungsmandat an den Assignatar ist, was hier durch die Worte: im Benutzungsfalle ausgeschlossen wird;

Daß es noch weniger als eine an Ordre lautende Anweisung, wofür die Art. 301 und 303 des H.-G.-B. gelten, angesehen werden kann, weil die ausdrücklichen Worte: gegen Quittung im Gegensatz dazu stehen, daß die Zahlung gegen diesen Schein zu erfolgen habe, und an dies Papier und dessen Aushändigung geknüpft sei;

Daß auch dann, wenn man annimmt, daß die Worte „zur Verfügung“ mit Rücksicht auf den sonstigen Inhalt eines Schriftstückes mit „an Ordre“ gleichbedeutend sein können, dieselben doch in der Fassung: „ich stelle bei Ihnen 11,500 Gulden zur Verfügung von Simon Bock“ und in dem Zusammenhange des oben gedachten Inhalts jedenfalls eine solche Bedeutung nicht haben;

Daß hier um so weniger davon die Rede sein kann, daß das Schriftstück wie ein Papier au porteur für jeden Inhaber oder wie ein Wechsel oder wie eine Anweisung an Ordre für

Digitized by Google

jeden durch Indossament legitimirten Inhaber Träger eines Forderungsrechtes sei, weil das Accreditiv selbst dann, wenn man es als kaufmännische Anweisung an Ordre auffassen könnte, was nicht der Fall ist, von Sina nicht acceptirt ist, daher ein Schuldner nicht vorhanden ist, gegen welchen nach Art. 303 des H.-G.-B. die Rechte aus dem Papier geltend gemacht werden könnten, und welcher gegen Aushändigung des Papiers zu erfüllen verpflichtet wäre, der Aussteller einer Anweisung aber nicht Schuldner aus dieser Anweisung wird, und nach den in Preußen geltenden Rechten nicht auf dem Regreßwege aus der Anweisung belangt werden kann, sondern von dem Assignatar im Falle der Assignat nicht zahlt, nur aus dem Rechtsverhältniß, welches die Ausstellung der Anweisung veranlaßt hat, und nur nach Maßgabe dieses Rechtsverhältnisses in Anspruch zu nehmen ist, wobei die Anweisung als Beweisdocument dienen kann, nicht aber der Träger des Forderungsrechts und in diesem Sinne Werthpapier ist;

Daß, wenn es häufig vorkommen mag, daß Kaufleute statt der Wechsel oder Anweisungen auf Ordre, um, wie hier in den Prozeßverhandlungen erklärt ist, dem Stempel zu entgehen, sich der Accreditive oder anderer Vertrags-Urkunden bedienen, dadurch diese letzteren Papiere nicht Wechsel werden und die rechtlichen Eigenschaften nicht erhalten können, welche das Gesetz den Wechseln oder Anweisungen auf Ordre beilegt;

Daß demnach auch die Entnahme des Accreditives bei Neufeld nicht den Kauf und die Lieferung eines das Forderungsrecht in sich verkörpernden Werthpapieres im oben gedachten Sinne darstellt, vielmehr Neufeld dafür die Zahlung erhielt, daß er Sina in Wien beauftragte, das Geld an Simon Bock zu bezahlen, dies aber mit sich bringt, daß, wenn Simon Bock das Accreditiv nicht benutzte, oder wenn Sina dem Mandat, an Simon Bock zu zahlen, nicht nachkam, Neufeld seinem Mandatar Sina nichts zu vergüten, oder die etwa geleistete Vergütung als nicht geschuldet zurückzufordern hat, seinerseits aber aus dem Verhältniß, in welchem er das Mandat abgab, von seinem Contrahenten Cohn-Bürgers u. Comp. und von Bock aus den abgetretenen Rechten von Deichmann u. Comp. und Cohn-Bürgers u. Comp. auf Rückerstattung des Geldes in Anspruch genommen werden kann, welches er nur in Voraussetzung und zum Ersatz dafür, daß Sina mandatsgemäß zahlen werde,

Digitized by Google

erhalten hat, und, da dies nicht geschehen, ohne Rechtsgrund besitzt;

Daß sonach keine der Parteien mit Recht behaupten kann, das Forderungsrecht sei an das Accreditiv als seinen Träger geknüpft, und die Appellantin ohne Besitz oder Amortisation des Papiers nicht legitimirt, den Mangel der an Simon Bock geleisteten Zahlung geltend zu machen;

Daß die Appellantin, wenn sie aus letzterem Grunde Ansprüche erhebt, oder Einwendungen macht, keinen Regreß aus dem Papier nimmt, und zu diesem Zwecke dasselbe bei Sina zu vindiziren hätte, und ebensowenig sonstwie lediglich auf Sina hinverwiesen werden kann, mit welchem sie nicht contrahirt hat;

I. E., daß aber auch auf der andern Seite von der Appellantin die rechtliche Natur des Accreditivs und seine Verschiedenheit von einem Wechsel nicht dazu benutzt werden kann, um sich ihren Verbindlichkeiten gegenüber der appellatischen Firma Deichmann u. Comp. zu entziehen;

I. E., daß die Klage der letzteren sich auf den Commissionsvertrag und die Ausführung des von der Appellantin ihr aufgegebenen Commissionsgeschäfts gründet;

Daß das briefliche Ersuchen der Appellantin: heute per Draht in Berlin für sie 12,000 Gulden kurze Sicht per Wien zu kaufen und an Simon Bock direct nach Wien, Hôtel Kronprinz, senden zu lassen, unzweifelhaft für Deichmann u. Comp. ein Commissionsauftrag war;

Daß der Versuch der Appellantin, ihren Commissionär Deichmann u. Comp. auf Grund des Art. 376 des H.-G.-B., weil er mit der Anzeige von der Ausführung des Auftrages eine andere Person nicht als Verkäufer namhaft gemacht, als Selbstverkäufer in Anspruch zu nehmen, um ihn auf diesem Wege dafür einstehen zu lassen, daß Sina auf das Accreditiv nicht an Simon Bock bezahlt habe, schon daran scheitert, daß in dem Schreiben von Deichmann u. Comp. vom 30. März 1871, auf welches die Appellantin sich deßhalb beruft, in Wirklichkeit Cohn-Bürgers u. Comp. in Berlin als Remittent der 12,000 Gulden genannt ist, auch mit den Verhältnissen des Falles an sich die Auffassung unvereinbar ist, daß Deichmann u. Comp. selbst auf Wien lautende Papiere an die Appellantin verkauft und durch Cohn-Bürgers u. Comp. über Berlin nach Wien spedirt habe;

Digitized by Google

J. E., daß es auch nicht angeht, mit der Appellantin mittelst Ignorirung des Commissionsverhältnisses und mittelst Construirung eines angeblichen Rücklaufs der Belastungen dem appellatischen Handelshause Deichmann u. Comp. die Stellung beizulegen, als ob es selbst das Accreditiv ausgestellt und mit Sina zu rechten hätte;

J. E., daß die Firma Deichmann u. Comp. die einem Commissionär obliegende Sorgfalt angewendet hat, indem sie sich an Cohn-Bürgers u. Comp. in Berlin telegraphisch mit dem Auftrage wandte: remittirt billigst 12,000 Gulden kurz Wien an Simon Bock, Hôtel Kronprinz, Wien, was der von der Appellatin gegebenen Commission durchaus entsprach, und sogar mit Rücksicht darauf, daß am gewöhnlichsten das Wort: remittiren für das Geschäft desjenigen gebraucht wird, der einen Wechsel als erster Wechselnehmer versendet, einer Ordre: Wechsel anzuschaffen, näher lag, als die Ordre der Appellantin 12,000 Gulden zu kaufen;

Daß die Firma Deichmann u. Comp. bei der Wahl von Cohn-Bürgers u. Comp. und bei der Ordre an diese kein Vorwurf trifft, ein Commissionär aber für Rechnung seines Committenten handelt, Deichmann u. Comp. auf Grund der richtigen Ausführung des ertheilten Auftrages die Erstattung der Verwendungen, welche dies mit sich brachte, hier die Erstattung dessen, was sie Cohn-Bürgers u. Comp. schuldig geworden, verlangen kann, nicht aber im Verhältniß zu der Appellantin, wie diese zu behaupten sucht, eine Belastung für eigene Rechnung hat, und die Entlastung davon nicht bei ihrem Committenten, sondern anderwärts zu suchen hätte;

Daß zudem, auch was die Gestion von Cohn-Bürgers u. Comp. betrifft, die Beschaffung und Versendung des Accreditivs im vorliegenden Falle einen Vorwurf nicht begründet, vermöge dessen Cohn-Bürgers u. Comp. den Schaden zu vertreten und gegen Deichmann u. Comp. nichts zu beanspruchen hätten;

Daß der Auftrag in seiner allgemeinen, auf eine bestimmte Art von Papieren nicht eingeschränkten Fassung ein Accreditiv um so weniger ausschloß, als es sich ersichtlich darum handelte, einen zu Wien in einem Wirthshause befindlichen Fremden in ganz kurzer Frist in den Besitz der bedeutenden Geldsumme von 12,000 Gulden zu setzen, wozu die Beschaffung von kurzen Wechseln oder Ordrepapieren bis zu diesem Betrage ein für alle

Digitized by Google

Theile, auch für denjenigen, der auf die Geldsumme rechnete, weniger handliches Mittel war;

Daß dazu noch wesentlich in Betracht kömmt, daß, wie durch die Correspondenz belegt, und von den Appellanten nicht bestritten ist, Simon Bock in Wien bereits einige Zeit vorher mehrmals auf gleichlautende Aufträge seines Hauses von Deichmann u. Comp. durch Cohn-Bürgers u. Comp. Accreditive für ähnliche Summen erhalten und an diesem Geschäftsgang keinen Anstand genommen hatte;

Daß unter diesen Umständen die Uebermachung eines Accreditives als dem Sinne des Auftrags und der Absicht der Appellantin entsprechend, erachtet werden durfte;

Daß auch dabei eine Gefahr, wie diejenige, welche hier eingetroffen ist, nicht größer als bei einem Wechsel oder Ordre-Papier war, vielmehr das Gegentheil der Fall ist, indem der Verlust des Schriftstücks oder das Verbrechen, das Schriftstück wegzunehmen und mittelst falscher Unterschrift zu benutzen, ebenso bei einem Wechsel Ordre Bock stattfinden konnte, dagegen was die Erhebung des Geldes betrifft, die Frage, in wiefern der Trassat eines Wechsels die Identität des Empfängers mit der auf dem Papier zum Empfang legitimirten Personen zu prüfen verpflichtet sei, nicht unbestritten ist, und beim Wechsel ein falsches Blanco-Indossament über diese Frage hinweg setzt, während ein Zweifel daran nicht besteht, daß bei einem Zahlungsmandat der Mandatar, um gültig zu zahlen, sich der Identität des Empfängers mit der im Mandat benannten Person zu versichern hat, und eine Zahlung an den Unrechten auf seine des Mandatars Gefahr geschieht, und man zudem bei Accreditiven und bei solchen Accreditiven, die auf dem Mandatar unbekannte Fremde lauten, nach dem gewöhnlichen Geschäftsgang am wenigsten erwarten kann, daß der Mandatar an jeden Vorzeiger zahlen würde, gleich als ob das Accreditiv, wie freilich das Strafgericht in Wien gemeint hat, ein Papier au porteur sei;

J. E., daß auch die von der Appellantin in Anregung gebrachte Möglichkeit, einen Wechsel zu amortisiren, hier nicht in Betracht kommt, da es bei einem Accreditiv einer Amortisation gar nicht bedarf;

J. E., daß auch aus dem Umstande, daß das Accreditiv in recommandirtem Schreiben, nicht unter Werthangabe zur Post gegeben ist, kein Vorwurf und keine Einwendung zu erheben ist,

Digitized by Google

da Deichmann u. Comp. und Cohn-Bürgers u. Comp. durch keine Weisung verpflichtet waren, gegen eine Gefahr, die namentlich bei einem Accreditiv sehr fern lag, und sich unter den Umständen dieses Falles nur durch ein Zusammentreffen von Verschuldungen einer Reihe von Personen verwirklicht hat, Versicherung zu nehmen, und da man auch füglich daran zweifeln durfte, ob es dem Auftraggeber genehm sei, die größeren Kosten der Werthangabe zu verwenden, während hier ebenfalls die nicht bestrittene Thatsache, daß die früheren Accreditive mit recommandirten Schreiben gesendet wurden, den Schluß gestatten, daß es auch im Sinne von Bock war, so zu verfahren, und er eine Aenderung hierin vielleicht beanstandet haben würde;

Daß diesemnach die Appellantin aus ihrem Commissionsvertrage mit Deichmann u. Comp. an diese Firma die geforderte nach ihrer Höhe nicht bestrittene Summe verschuldet, so daß sie als Herr des Geschäfts von dem Schicksal des Accreditivs insoweit betroffen wird, als es an ihr ist, ihre Ansprüche nöthigenfalls durch Klagen bei entfernten Gerichten aus den abgetretenen Rechten von Deichmann und Comp. resp. Cohn-Bürgers u. Comp. zu verfolgen, eine Abtretung, zu welcher Deichmann u. Comp. resp. Cohn-Bürgers u. Comp. gehalten sind, weil sie unmittelbar resp. mittelbar für Rechnung von Bock u. Comp. contrahirt haben, zu welcher Deichmann u. Comp. sich schon bereit erklärt haben, und welche übrigens nicht Gegenstand dieses Rechtsstreites ist;

J. E., daß sich in Betreff der verschiedenen Adcitationen zur Vertretung aus dem Obigen ergibt, daß die eingelegten Berufungen grundlos sind.

Aus diesen Gründen

verwirft der Hof sämmtliche gegen das Urtheil des Kgl. Handelsgerichts zu Köln vom 5. Januar 1872 eingelegten Berufungen u. s. w.

I. Senat. Sitzung vom 11. Februar 1873.

Advokaten: Pheifer — Herbertz — Vagedes — Drewke — Esser I. jun.

Digitized by Google

Außergerichtliche Theilung. — Schenkung zum Zwecke einer solchen. — Untrennbarkeit der Theilungs-Verhandlungen. — Vereinbarung zum Verkaufe von Immobilien. — Genügende Bezeichnung der Verkaufs-Objecte und Angabe der Kaufbedingungen.

Eine Schenkung, welche der gesetzlichen Formen entbehrt, so bei Immobilien der Transscription und bei Mobilien der Beifügung eines Verzeichnisses der Objekte nebst Schätzung gemäß Art. 948 des B. G.-B., kann nicht zur Grundlage einer außergerichtlichen Theilung dienen, bei welcher Minderjährige concurriren, und ist ein Verzicht auf ein solches gesetzliches Erforderniß unstatthaft.

Das Theilungsgesetz vom 18. April 1855 gestattet zwar zum Zwecke der Theilung und gesondert von dieser den Verkauf von Immobilien, nicht aber eine Bildung und Ziehung von Loosen abgesondert von der vollständigen Theilung und Auseinandersetzung.

Eine Vereinbarung, welche eine solche abgesonderte Verloosung der Immobilien und zugleich einen Beschluß über den Verkauf der für untheilbar erachteten Immobilien enthält, bildet einen zusammenhängenden Vertrag, der eine theilweise Bestätigung hinsichtlich des beschlossenen Verkaufes nicht erhalten kann.

Die Vereinbarung über den Verkauf muß eine ausreichende Bezeichnung der Verkaufsobjekte und Angabe der Verkaufsbedingungen enthalten, und ist es nicht gestattet, Wesentliches in der Beziehung der Versteigerung selbst vorzubehalten.

Minderjährige Collas.

J. E., daß die in dem angegriffenen Rathskammerbeschlusse des Kgl. Landgerichts zu Aachen vom 17. Febr. 1873 erhobenen Anstände begründet waren, und Akten, welche nachträglich produzirt, beziehungsweise erst gefertigt sind, nicht geeignet sind,

Digitized by Google

das Rechtsmittel einer Berufung gegen den Beschluß zu rechtfertigen;

Daß aber auch ein näheres Eingehen in den Inhalt des Vereinbarungsaktes und des darüber gefaßten Familienrathsbeschlusses ergibt, daß auch aus materiellen Gründen die Bestätigung von dem Landgerichte hätte versagt werden müssen, und die nachgesuchte Bestätigung nicht ertheilt werden kann;

Daß nämlich nach den vorgelegten Akten die theils großjährigen theils minderjährigen Geschwister Collas als Intestaterben ihres Vaters dessen Vermögen und kraft Schenkungsaktes ihrer Mutter deren Vermögen in Aktivis und Passivis in Gemeinschaft besitzen, in welcher Beziehung übrigens, was die Immobilien der Mutter betrifft, von einer Transscription des Schenkungsaktes vor Notar X. vom 11. Januar 1873 nichts constirt, und in Betreff der Mobilarschaft die Schenkung gemäß Art. 948 des B. G.-B. nichtig ist, da im Akte das Verzeichniß der Objekte nebst Schätzung fehlt, und der Verzicht auf das gesetzliche Erforderniß unstatthaft ist;

Daß der Vereinbarungsakt vor Notar X. vom 11. Januar 1873 eine außergerichtliche Theilung zwischen den Kindern Collas zum Gegenstande hat, indem außer der Vereinbarung über den Verkauf von Immobilien, welche für untheilbar erachtet werden, hinsichtlich einer Anzahl anderer Immobilien Loosebildung und Looseziehung stattgefunden hat, und die Bestätigung dieser außergerichtlichen Theilungsvereinbarung verlangt wird;

Daß aber der Art. 14 des Gesetzes vom 18. April 1855 bei einer außergerichtlichen Theilung, im Falle Minderjährige betheiligt sind, bestimmt, daß die zu bestätigende Urkunde über die Theilung die vollständige Auseinandersetzung der Betheiligten enthalten muß, und der besondere Fall, daß nur einzelne Gegenstände von der Theilung ausgenommen würden, hier nicht vorliegt, ebensowenig auch besondere Gründe, aus welchen dies nothwendig oder nützlich wäre, dargethan sind;

Daß der vorliegende Vereinbarungsakt aus der Gemeinschaft Immobilien heraushebt und vertheilt, ohne sich mit Aufstellung der Masse nach Inventar oder Vermögensverzeichniß, mit Conferenden und mit Schulden zu befassen, wie es doch durch den gedachten Art. 14, sowie durch die Natur der Sache erfordert wird, da sonst nicht beurtheilt werden kann, ob die Minderjährigen durch Zutheilungen der einzelnen Objekte an die Mit-

Digitized by Google

betheiligten wegen Conferenden derselben oder wegen gemeinschaftlich zu tilgender Schulden nicht in ihren Rechten an der Masse möglicherweise schwer beschädigt werden;

Daß das Gesetz vom 18. April 1855 zwar in Art. 13 die Bildung und Ziehung von Loosen bei der außergerichtlichen Theilung vorsieht, nicht aber für dieselbe, wie in Art. 22 für einen vor der Theilung erforderlichen Verkauf, gestattet, daß sie abgesondert vor der Theilung ausgeführt und bestätigt werde, vielmehr aus den Worten und aus dem Zusammenhang der Art. 13 und 14 des Gesetzes sich ergibt, daß das Gesetz die Bildung und Ziehung der Loose als einen Bestandtheil der in Vereinbarung begriffenen Theilung betrachtet und behandelt wissen will, mithin dieselbe allerdings zunächst vorgenommen werden kann, sich aber daran die weitere Theilungsvereinbarung anzuschließen hat, so daß das Ganze der Urkunde über die Theilung (die Looseziehung in Verbindung mit dem übrigen Inhalt), eine völlige Auseinandersetzung der Betheiligten ausmacht, und diese dann vom Familienrath zu genehmigen und vom Landgericht zu bestätigen ist;

Daß dagegen das im vorliegenden Akt eingeschlagene Verfahren mit den bezogenen gesetzlichen Bestimmungen nicht vereinbar ist, und wie deßhalb, sowie auch aus der oben dargelegten ratio derselben eine Bestätigung der Vertheilung nach Loosen nicht ertheilt werden kann, so lange sich nicht übersehen läßt, ob die Minderjährigen dadurch nicht mit Rücksicht auf Conferenden und Schulden in ihren Ansprüchen an die Masse verletzt werden;

J. E., daß der Vereinbarungsakt selbst noch außerdem in Betreff der Verloosung erkennen läßt, daß man dabei die Interessen der Minderjährigen wenig im Auge gehabt hat, indem nicht blos eine Vollmacht des für sie handelnden Notariatsgehülfen Thewes bezüglich des minderjährigen Nikolaus Collas damals fehlte, was erst das Landgericht hat entdecken müssen, sondern auch das Loos dieses Minderjährigen nicht aus dem Akte erweislich ist, da auch ein großjähriger Nikolaus Collas mitbetheiligt ist, gleichwohl die zwei Nikolaus Collas in den Loosen des Akts nicht von einander unterschieden sind, und sowohl bei dem Loos Nr. 3 als bei dem Loos Nr. 6 jedesmal lediglich der Name Nikolaus Collas angegeben wird, und sonach durch den Akt nicht feststeht, welches dieser Loose dem großjäh-

Digitized by Google

rigen, welches dem minderjährigen Nikolaus Collas zugefallen sein soll, ein Punkt, der für sich allein schon hinreichen würde, der Bestätigung dieses Akts in den Weg zu treten;

J. E., daß ferner die nachgesuchte Bestätigung auch in einer Beschränkung auf den Verkauf der angeblich in Natur untheilbaren Immobilien nicht ertheilt werden kann, einestheils, weil es nicht zulässig ist, die einen zusammenhängenden Vertrag bildende Vereinbarung zu theilen, anderntheils, weil auch, was den Verkauf betrifft, die Erfordernisse des Art. 23 des Gesetzes vom 15. April 1855 und die Interessen der Minderjährigen hier nicht genügend berücksichtigt sind;

Daß insbesondere die Vorschrift des Art. 23 im vorletzten Absatz, wonach sämmtliche Grundstücke der Gemeinschaft in der Urkunde angegeben werden müssen, auch hier nicht befolgt ist, jedenfalls, daß dies geschehen, für den Richter nicht erkennbar ist;

Daß ferner bei der Angabe des zum Verkauf auszustellenden Objekts die nach dem Schenkungsakt der Mutter daran vorbehaltenen Nutzungsrechte nicht angeführt sind, vielmehr gemäß Art. 12 der vereinbarten Bedingungen erst dem Ansteigerer bekannt gemacht werden soll, welche Rechte die Mutter an dem Wohnhaus habe, eine Ungewißheit, welche recht geeignet wäre, dritte Kaufliebhaber vom Bieten abzuschrecken, sowie spätere Verwickelungen hervorzurufen;

Daß auch bei der Taxe des Hauses nicht ersichtlich ist, ob dabei die Nutzungsrechte der Mutter berücksichtigt sind oder nicht;

Daß im Art. 25 der Bedingungen betreffend die Bestellung eines der mitbetheiligten Geschwister zum Empfänger der Kaufgeldtermine weder auf den Art. 26 des Gesetzes vom 18. April 1855, noch darauf, daß die Mutter bis zu ihrem Tode die Nutznießung an dem Kaufpreise hat, also zum Empfange der Zinsen berechtigt ist, noch auf die Sicherstellung der Minderjährigen, um zu dem ihnen am Kaufpreis und an der übrigen Gemeinschaft zustehenden Antheil zu gelangen, gebührende Rücksicht genommen ist;

J. E., daß bei solcher Sachlage die in der Berufungsschrift angeregte Rücksicht auf Vermeidung von Kosten umsoweniger zu einer Bestätigung bestimmen kann, als es bei der anscheinenden Einigkeit der Betheiligten nur auf bessere Beobachtung

Digitized by Google

der Gesetze und Fürsorge für die Minderjährigen von Seiten der dazu berufenen Personen ankommt, um zu der außergerichtlichen Theilung zu gelangen, und, was die bisherigen fruſtratorischen Kosten betrifft, der Notar X., wie in dem Antrage des öffentlichen Ministeriums mit Recht gesagt ist, auf Grund des Art. 15 der Notariats-Ordnung dafür verantwortlich ist, da er bei der Vereinbarungsurkunde wie bei dem Schenkungsakt es unterlassen hat, die Interessenten von der Ungültigkeit zu belehren.

Aus diesen Gründen

verwirft der Appell.-G.-H. die gegen den Rathskammerbeschluß des Kgl. Landgerichts zu Aachen vom 17. Febr. 1873 eingelegte Berufung und verordnet, daß dem öffentlichen Ministerium eine Ausfertigung des gegenwärtigen Beschlusses zugefertigt werde.

I. Senat. Rathskammer-Sitzung vom 5. Mai 1873.

Advokat: Pheifer.

Ehefrau. — Bürgschaft. — Autorisation des Ehemannes.

Die der Ehefrau durch den Ehemann ertheilte Autorisation, sich als solidarisch haftbare Mit- und Selbstschuldnerin für alle Geschäfte zu bekennen, welche ihr Ehemann mit einem gewissen Handlungshause bereits vollzogen hat oder noch vollziehen wird, ist eine generelle, und ist deßhalb sowohl die Autorisation als die Bürgschaft ungültig.

Art. 223 des B. G.-B.

Müller — Osterrieth.

So entschied der Hof unter Reformation eines Urtheils des Kgl. Landgerichts zu Saarbrücken vom 20. Februar 1872, in Uebereinstimmung mit den Entscheidungen im Archiv, Bd. 36, II. A., S. 56 und Bd. 41, II. A., S. 27.

III. Senat. Sitzung vom 23. Mai 1873.

Advokaten: Nacken — Franken.

Digitized by Google

Feuer-Versicherung. — Perfection des Versicherungs-Vertrages. — Stellung des Agenten.

Der Versicherungs-Vertrag kommt nicht schon durch die Annahme des von dem Versicherungsnehmer gestellten Antrags und die Vollziehung der Police Seitens der Versicherungs-Gesellschaft zu Stande, falls nicht auch über die Höhe der zu zahlenden Prämie ein Einverständniß zwischen den Parteien besteht.

Ein solches Einverständniß dokumentirt sich in der Regel erst durch Empfangnahme der Police und Zahlung der Prämie Seitens des Versicherungsnehmers.

Der Agent einer Versicherungs-Gesellschaft handelt bei der Vermittelung einer Versicherung in der Regel nur als Vertreter der Gesellschaft, und bedarf es des Nachweises eines besonderen zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Agenten eingegangenen Vertragsverhältnisses, um letzteren als Beauftragten des Versicherungsnehmers erscheinen zu lassen.

Besteht ein solches Verhältniß zwischen den gedachten Personen, dasselbe ist aber der Gesellschaft unbekannt oder unerkennbar, so wird dadurch die rechtliche Stellung des Agenten der Gesellschaft gegenüber nicht berührt.

Loew — Schlesische Feuer-Versicherungs-Gesellschaft und Schulz.

Der Buchbinder Loew zu St. Johann beantragte mittelst schriftlichen Antrags vom 10. August 1871 bei dem Hauptagenten der zu Breslau domizilirten schlesischen Feuerversicherungs-Gesellschaft Schulz zu Saarbrücken die Versicherung von 70,000 Cigarren im Werthe von 1400 Thlrn. bei der genannten Gesellschaft für die Dauer eines Jahres „unter den ihm bekannt gemachten, in der hierauf zu ertheilenden Police speziell aufgeführten allgemeinen Versicherungsbedingungen und mit dem Versprechen der Vorauszahlung der Prämie nach Eintreffen des Versicherungsdokumentes."

Digitized by Google

Der Hauptagent Schulz übersandte diesen Antrag mittelst Berichtes vom selben Tage an den Generalagenten Lautenschläger zu Köln, welcher die Versicherungspolice am 24. August vollzog und am 26. an den genannten Hauptagenten zur Aushändigung an den Antragssteller abschickte. Bevor diese Aushändigung erfolgt war, brach am Abende des 28. August eine Feuersbrunst aus, bei welcher der ganze Cigarrenvorrath des Loew verbrannte. Am folgenden Tage machte letzterer hiervon dem Hauptagenten die Anzeige und verlangte die Aushändigung der Police, indem er sich zur Zahlung der Prämie bereit erklärte. Als die Police widerholt verweigert wurde, erhob Loew am 12. September 1871 Klage bei dem als Handelsgericht fungirenden Kgl. Landgerichte zu Saarbrücken gegen die Versicherungs-Gesellschaft und verlangte deren Verurtheilung zur Zahlung der Versicherungssumme von 1400 Thlrn. und Aushändigung der Police. Gleichzeitig adcitirte er den Hauptagenten Schulz in eigenem Namen mit dem Antrage: das Gericht wolle denselben gehalten erklären, dem Kläger die Mittel zur Beseitigung der von der verklagten Gesellschaft auf Grund des §. 3 der Police gemachten Einreden an die Hand zu geben, event. denselben zur Zahlung der in der Hauptklage geforderten Summe zu verurtheilen.

Von der Verklagten und dem Adcitaten wurde die Abweisung der Klage und Adcitation beantragt unter Berufung auf den §. 3 der allgemeinen Versicherungsbedingungen, welcher also lautet:

> „Die Versicherung wird nur durch die gehörig geleistete Prämienzahlung gültig; durch Annahme der Police resp. des Prolongationsscheines von Seiten des Versicherten wird sein Einverständniß mit der darin bestimmten Prämie constatirt."

Durch Urtheil vom 18. Dezember 1871 wies das Landgericht die Klage und die Adcitation ab, indem es annahm, daß der Versicherungsvertrag noch nicht perfekt geworden sei, so lange das die Acceptation des Antrags enthaltende Scriptum sich im Verwahr der verklagten Gesellschaft, resp. ihres Vertreters befunden habe. Bezüglich der Adcitation wurde erwogen, daß es ganz in das Ermessen der Verklagten und deren Agenten gestellt gewesen sei, ob und wann sie den Versicherungsantrag hätten annehmen wollen.

Digitized by Google

Gegen dieses Urtheil ergriff Loew die Berufung, und wurde zu deren Rechtfertigung noch auf ein Urtheil des Reichs-Ob.-H.-G. vom 13. Februar 1872, Bd. 5, S. 111 der von den Räthen des Gerichtshofes herausgegebenen Sammlung, Bezug genommen und ausgeführt, daß der Hauptagent nicht nur als Mandatar der von ihm vertretenen Gesellschaft, sondern auch als Mandatar des Versicherungssuchenden anzusehen sei. In dieser Beziehung wurde auch noch der Beweis erboten, daß Appellant dem Hauptagenten Schulz den Auftrag ertheilt habe, den Versicherungsantrag der appellatischen Gesellschaft einzusenden und für ihn die Versicherung zu nehmen.

Der Hof erkannte confirmatorisch wie folgt:

Urtheil:

In E., daß der von dem Appellanten Loew am 10. August 1871 gestellte Antrag auf Versicherung von 70,000 Cigarren im Werthe von 1400 Thlrn. nicht als eine solche Willenserklärung erscheint, welche durch bloße Annahmeerklärung Seitens der appellatischen Gesellschaft zu einem bindenden Versicherungsvertrage wurde;

Daß nämlich Appellant in diesem Antrage sich zwar den allgemeinen, ihm bekannten Versicherungsbedingungen der Gesellschaft unterworfen und die Vorausbezahlung der Prämie nach Eintreffen des Versicherungsdokumentes versprochen, dagegen über die Höhe der Prämie eine Erklärung nicht abgegeben hat;

Daß über die Höhe der Prämie keine im Voraus von der Gesellschaft bekannt gemachte, allgemeine gültige Tarifsätze bestanden, dieselbe vielmehr beim Abschluß der Verträge in den einzelnen Fällen von der Gesellschaft je nach ihrem Bemessen der Umstände, und nach ihrem Urtheil über die größere oder geringere Gefahr und die Dauer der Versicherung anzugeben war, und erst durch eine Willenserklärung des Antragsstellers über sein Einverständniß mit dieser Prämie die Vereinbarung der Contrahenten über die Prämie vorhanden gewesen wäre;

Daß bis zur Abgabe dieser Willenserklärung von Seiten des Versicherungsnehmers in Betreff der Prämie auf Seiten der Versicherungs-Gesellschaft ebenfalls nur ein Antrag vorlag, und mithin, da im gegenwärtigen Falle eine Annahme dieses Antrags nicht erfolgt ist, und wegen des inmittelst stattgefundenen Brandes nicht mehr erfolgen konnte, es an einem wesent-

Digitized by Google

lichen Bestandtheile eines Versicherungsvertrags gebricht, und der letztere nicht zur Perfection gelangt ist;

Daß dieses Ergebniß allgemeiner Rechtsgrundsätze hier noch in einer ausdrücklichen Clausel der Police-Bedingungen besondere Bestätigung findet, indem dort in §. 3 durch den Satz: durch Annahme der Police von Seiten des Versicherten wird sein Einverständniß mit der darin bestimmten Prämie und Dauer der Versicherung constatirt, diese zur Perfection des Vertrages erforderliche Willenserklärung in die Annahme der Police gelegt wird, und danach kein Zweifel darüber sein kann, daß der Appellant keineswegs durch seinen Antrag verpflichtet wurde, die Höhe der von der Appellatin zu bestimmenden Prämie anzuerkennen, und sonach vor dieser Anerkennung der Vertrag nicht bindend geschlossen war;

J. E., daß die Behauptung, es sei durch die Annahme des Antrages auf Seiten der Gesellschaft oder durch die Absendung der Police, oder doch jedenfalls durch die Ankunft derselben bei dem Agenten der Vertrag perfect geworden, durch das oben Entwickelte sich von selbst erledigt, indem, was noch insbesondere die Ankunft bei dem Agenten betrifft, wenigstens im gegenwärtigen Falle nicht das Mindeste dafür vorliegt, daß der Agent Adcitat Schulz von dem Appellanten beauftragt oder ermächtigt gewesen wäre, statt seiner die Prämie zu genehmigen, und als sein Stellvertreter durch widerspruchlose Annahme der Police den Vertrag mit der Gesellschaft zum Abschluß zu bringen;

Daß der Appellant ein solches, ganz besonderes Vertragsverhältniß zum Agenten Schulz niemals behauptet und artikulirt hat, vielmehr seine Behauptung und Eidesdelation in erster Instanz einfach dahin ging, daß er bei dem Agenten der Gesellschaft den Antrag gestellt habe, die Gesellschaft möge ihm, dem Appellanten, die Cigarren versichern;

Daß auch in den von dem Appellanten in dieser Instanz subsidiarisch zum Zeugenbeweis oder zur Eidesdelation verstellten Sätzen insbesondere in dem Satze: daß Appellant den Schulz beauftragt habe, seinen Versicherungsantrag der appellatischen Gesellschaft einzusenden, und für ihn die Versicherung auf die 70,000 Stück Cigarren zum Betrage von 1400 Thlrn. zu nehmen, die Artikulation von Thatsachen oder Verabredungen, durch welche der Agent der Gesellschaft ihr gegenüber zum Stellvertreter des Versicherungsnehmers geworden wäre, nicht zu finden

Digitized by Google

ist, indem auch der Ausdruck „für ihn Versicherung zu nehmen“ nach dem Zusammenhange des Satzes selbst, sowie dessen, was aus den Schriftstücken thatsächlich hervorgeht, wonach der Appellant selbst der Antragsteller und Versicherungsnehmer im eigentlichen Sinne des Wortes war, nur in vager und uneigentlicher Weise dasjenige bezeichnet, was die Functionen, die der Agent vermöge seiner gewöhnlichen Stellung ausübt, mit sich bringen, keineswegs aber eine thatsächliche-Grundlage dafür bietet, daß Schulz neben seinen gewöhnlichen Functionen als Agent der Gesellschaft von dem Appellanten beauftragt und ermächtigt worden sei, statt des Appellanten über die Höhe der Prämie zu befinden und sie zu genehmigen, ihn in Annahme der Police zu vertreten, und ihm dadurch das Recht zu vergeben, die Höhe der Prämie zu beanstanden, und somit den Versicherungs-Vertrag abzulehnen;

J. E., daß übrigens sogar dann, wenn wirklich zwischen dem Appellanten und dem Agenten Schulz ein ganz besonderes Vertragsverhältniß bestanden hätte, vermöge dessen der Agent die Police, welche er von seiner Gesellschaft zur Aushändigung an den Appellanten empfing, für den Appellanten hätte genehmigen und annehmen sollen, dies im gegenwärtigen Fall die appellatische Gesellschaft in ihren Rechten und Pflichten und in der Frage, ob der Versicherungsvertrag ihr gegenüber perfect geworden, nicht berühren würde, da ihr jenes Sonderverhältniß unbekannt und unerkennbar gewesen wäre, und es Willkühr sein würde, von ihr zu verlangen, daß sie, wenn sie ihre Police im gewöhnlichen Geschäftsgange an ihren Agenten zur Aushändigung an den Versicherungssuchenden schickt, sich dabei durch Clauseln gegen allerlei mögliche und denkbare, das von ihr in diesen Geschäftsgang vorauszusetzende Rechtsverhältniß verrückende, Sonderstellungen des Agenten wahren müsse;

J. E., daß diesemnach wegen mangelnder Perfection des Versicherungsvertrages die gegen die appellatische Gesellschaft erhobene Klage mit Recht zurückgewiesen worden ist;

J. E., zur Adcitation,

Daß nach den Aufstellungen des Appellanten die Versicherungs-Police am 24. August 1871 durch den General-Agenten Lautenschläger zu Köln unterzeichnet, am 26. desselben Monats in Köln zur Beförderung an den Adcitaten in Saarbrücken zur Post gegeben sein soll und der Appellant in dem Eide, welchen er in erster Instanz deferirt hat, selbst davon ausgeht, daß dem

Digitized by Google

Adcitaten die Police am Nachmittag des 28. August zugekommen sei;

Daß der Adcitat den Beweis darüber erbietet, daß das Schreiben, in welchem die Police enthalten war, am 28. Aug. 1871, als er in Geschäften abwesend gewesen, spät Abends durch seinen Boten von der Post zu seinem Comptoir gebracht worden sei, und er dieselbe am andern Morgen früh in dem Briefe vorgefunden und zwar erst nach dem Brande zu Gesicht bekommen habe;

Daß es jedoch auf diesen Beweis nicht ankommt, da die von dem Appellanten behaupteten Thatsachen bei der Kürze des Zeitraums, um den es sich dabei handelt, den Beweis einer Fahrlässigkeit des Adcitaten nicht enthalten, und daher der Letztere nicht aus diesem Grunde dafür verantwortlich zu machen ist, daß in Folge des zufällig in der Zwischenzeit ausgebrochenen Brandes die Versicherung nicht zu Stande kam;

Daß der Anspruch gegen den Adcitaten ferner nicht darauf gestützt werden kann, daß er die Police für den Appellanten besessen und deßhalb zur Aushändigung derselben auch nach dem Brande verpflichtet gewesen, oder daß er dem Appellanten die Versicherung zu gewährleisten habe;

Daß nämlich in dieser Beziehung, wie bereits zur Hauptsache erörtert worden ist, dafür: daß der Adcitat den Auftrag erhalten und angenommen habe, seinerseits an Stelle der Appellanten die Prämie zu genehmigen, und als Vertreter des Appellanten den Vertrag zum Abschluß zu bringen und eine gültige Versicherung zu bewirken, wozu sogar mit Rücksicht auf den Inhalt des §. 3 der Police-Bedingungen consequent auch die Uebernahme der Verpflichtung, die Prämie für den Appellanten vorzulegen, gehören würde, in den Umständen und in den von dem Appellanten artikulirten Thatsachen nichts vorliegt, und es offenbar dem bei der Vermittelung des Versicherungs-Vertrages innegehaltenen Geschäftsgange und den dabei von allen Theilen vorausgesetzten Rechtsverhältnissen zuwider laufen würde, wollte man den Agenten einer Versicherungs-Gesellschaft, welcher als solcher Antrag und Auftrag von einem Versicherungssuchenden erhalten hat, bei dem der Gesellschaft gegenüber abzuschließenden Contract und bei der Aushändigung der Police zum Stellvertreter des Versicherungsnehmers machen, wenn es je nach der Eventualität im Interesse des letzteren läge, dies aus dem Auf-

Digitized by Google

trage an den Agenten zu construiren, während derselbe unter anderen Eventualitäten solches mit Recht und mit Erfolg von sich abweisen könnte;

Daß daher auch die Adcitation der Begründung entbehrt;

Aus diesen Gründen

verwirft der Appell.-G.-H. die Berufung wider das Urtheil des als Handelsgericht fungirenden Kgl. Landgerichts zu Saarbrücken vom 18. Dezember 1871 und verurtheilt den Appellanten in Strafe und Kosten.

I. Senat. Sitzung vom 11. Juni 1873.

Advokaten: Herbertz — Nacken — Maaßen.

Eltern. — Unterhalt der Kinder. — Ersatz. — Sondervermögen. — Güter-Gemeinschaft. — Mobilar-Erbschaft. — Sonderschuld. — Confusion.

Ein Ersatz für Unterhalts- und Erziehungskosten kann in der Regel Seitens der Eltern, selbst wenn ihnen kein Nießbrauchsrecht an dem Sondervermögen der Kinder zusteht, (Art. 384—386 des B. G.-B.) nur bis zum Betrage der Einkünfte dieses Sondervermögens begehrt werden, wofern nicht durch Familienrathsbeschluß ein zu verwendender höherer Betrag im voraus festgesetzt worden ist.

Bei dem Anfall einer Mobilar-Erbschaft an einen, in gesetzlicher Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten erhält die Gütergemeinschaft einen Ersatzanspruch für die, dem Erblasser gegen den erbenden Ehegatten zustehenden, eine Sonderschuld des letzteren bildende Forderungen; der Untergang dieser Forderungen durch Confusion tritt insoweit nicht ein.

Stumpf — Wirtz.

Christine Meisenberg hat in zwei Ehen gestanden, in der ersten mit Winand Wirtz, unter Herrschaft der gesetzlichen Gütergemeinschaft. Nach dem Tode des Wirtz heirathete sie den Cle-

Digitized by Google

mens Stumpf und starb mit Hinterlassung von Kindern aus beiden Ehen. Vor Eingehung der Ehe mit Wirtz hatte die Christine Meisenberg von Reiner Büsgen Immobilien für 3200 Thlr. gekauft, und war dieser ganze Kaufpreis noch rückständig. Während des Bestandes der Ehe Wirtz-Meisenberg verstarb der Büsgen, nachdem er die Ehefrau Wirtz zur Universalerbin seines nur aus Mobilarvermögen bestehenden Nachlasses eingesetzt hatte. In dem bei dem Kgl. Landgerichte in Köln anhängig gemachten Theilungsverfahren über den Nachlaß der Eheleute Wirtz und die Auseinandersetzung der Gütergemeinschaften aus beiden Ehen der Christine Meisenberg wurden 2 Contestationen erhoben:

1. Die Vertreter der Gütergemeinschaft der zweiten Ehe Stumpf-Meisenberg beanspruchten für diese einen Ersatz von den Kindern aus der ersten Ehe für die sämmtlichen auf deren Unterhalt und Erziehung verwendeten Kosten ohne Rücksicht darauf, daß die Einkünfte aus dem Sondervermögen dieser Kinder nicht ausreichten, um diese Kosten zu decken, zu dem Zwecke vielmehr jenes Sondervermögen in seinem Kapitalbetrag angegriffen werden mußte.

2. Die Repräsentanten des Winand Wirtz nahmen für die Gütergemeinschaft Wirtz-Meisenberg den vorerwähnten Kaufpreis von 3200 Thlrn. als eine Ersatzforderung gegen Christine Meisenberg auf Grund des Art. 1401 des B. G.-B. in Anspruch, während die Gegenparteien behaupteten, jene Schuld sei durch den Erbfall als erlassen oder durch Confusion untergegangen und nicht in die Gütergemeinschaft der ersten Ehe gelangt.

Das Kgl. Landgericht hat durch Urtheil vom 29. Juli 1871 die erste Contestation zu Gunsten, die zweite zum Nachtheil der Kinder Wirtz (aus erster Ehe der Meisenberg) entschieden, indem es erwog:

ad 1. Daß hier den Kindern der Christine Meisenberg aus ihrer ersten Ehe mit Winand Wirtz zu Gunsten der Gütergemeinschaft zweiter Ehe (Stumpf-Meisenberg) Alimente und Erziehungskosten berechnet werden;

Daß aber für dieselben behauptet wird, die Gütergemeinschaft könne die entstandenen Kosten nur bis zum Betrage der Revenüen des Vermögens der Kinder erster Ehe beanspruchen;

Digitized by Google

Daß es sich untergebens zwar nicht von einer Alimentation als Gegenleistung für die Nutznießung nach Art. 385 des B. G.-B. handelt, indem die Christine Meisenberg durch Eingehung der zweiten Ehe den gesetzlichen Genuß des Vermögens ihrer Kinder erster Ehe verlor;

Daß jedoch die Christine Meisenberg resp. die Gütergemeinschaft Stumpf-Meisenberg den Genuß des Vermögens der Kinder erster Ehe auch fernerhin thatsächlich ausgeübt haben; daß hieraus folgt, daß sie die über die Revenüen dieses Vermögens hinaus gewährten Alimente und Erziehungskosten nicht reklamiren können; indem andernfalls der durch Art. 386 des B. G.-B. aufgestellte Rechtsnachtheil in einen Rechtsvortheil sich umwandeln würde;

ad 2. Daß die Restkaufpreisforderung, welche dem Reiner Büsgen aus dem Akt vom 20. Juli 1843 gegen die Christine Meisenberg zustand und insoweit sie Immobiliarqualität hatte, eine Sonderschuld der Christine Meisenberg, nachherigen Ehefrau Wirtz, geblieben war, nach Art. 1300 des B. G.-B. im Momente des Erbgangs in der Person der Schuldnerin durch Confusion erlosch und daher nicht in die Gemeinschaft Wirtz-Meisenberg transferirt werden konnte; daß hierbei auch von einer Bonifikation der Gütergemeinschaft Wirtz-Meisenberg auf Grund des Art. 1437 des B. G.-B. nicht die Rede sein kann, da untergebens nichts aus der Gütergemeinschaft genommen worden ist, und mithin die Voraussetzungen des gedachten Artikels nicht vorliegen.

Gegen dieses Urtheil ergriffen die Vertreter der Gütergemeinschaft zweiter Ehe (Stumpf-Meisenberg) die Haupt-, die Kinder aus der ersten Ehe (Wirtz-Meisenberg) Incidentberufung, und erging hierauf folgendes Erkenntniß des Hofes:

In Erwägung zur Hauptberufung, daß gegen die vom ersten Richter erkannte Zurückweisung des seitens der Gütergemeinschaft erhobenen Ersatzanspruchs für die den Appellaten über den Betrag ihrer Revenüen hinaus gewährten Alimente mit Grund nichts eingewendet werden kann, indem, wenn auch die Mutter der Appellaten durch Eingehung der zweiten Ehe den Nießbrauch an dem Vermögen der letzteren verlor, und der Umfang ihrer Alimen-

Digitized by Google

tationspflicht sich lediglich nach den Bestimmungen der Art. 203 und 208 des B. G.-B. regulirte, das heißt, von der Bedürftigkeit der Kinder abhing, doch, eine solche untergebens anzunehmen, nicht schon durch das Vorhandensein eines eigenen, aber in seinen Revenüen zur Alimentation unzureichenden Vermögens schlechthin ausgeschlossen sein kann, vor Allem aber nicht außer Acht zu lassen ist, daß auf der Gütergemeinschaft Stumpf-Meisenberg resp. ihren Vertretern die Vormundschaft (Art. 396) über die Appellaten ruhte, und dieser Umstand denselben zur Pflicht machte, insofern sie beabsichtigten, die Alimentation mit der Wirkung eines Rückgriffs gegen die Substanz des Vermögens der Kinder durchzuführen, jedenfalls vorher die Autorisation des Familienrathes zu einer derartigen belastenden Verwendung einzuholen, so daß, wenn die Einholung dieser Autorisation unterblieb, die Vermuthung dafür spricht, es sei die Alimentation in der That unter Hingabe des gütergemeinschaftlichen Vermögens, aber nicht mit dem Gedanken an einen Ersatzanspruch geleistet worden;

Daß sohin die Hauptberufung unbegründet erscheint;

J. E., zur Incidentberufung, daß die Annahme des ersten Richters, die rückständige Immobilarkaufpreisschuld der Christine Meisenberg sei, indem dieselbe auch nach deren Verheirathung, unter Vereinbarung der gesetzlichen Gütergemeinschaft, die Natur einer Sonderschuld behalten habe, in dem Augenblick, wo die Schuldnerin Universalerbin ihres Gläubigers geworden, durch Confusion erloschen, und habe deßhalb als eine Forderung nicht mehr in die Gemeinschaft fallen können, auf einer irrigen Auffassung der Grundsätze der Materie beruht;

Daß nämlich bei der gesetzlichen Gütergemeinschaft die dem einen oder anderen Ehegatten zufallende Mobilarerbschaft — und von einer solchen handelt es sich hier — in Ermangelung einer gegentheiligen Bestimmung des Erblassers ein Bestandtheil des Vermögens der Gütergemeinschaft werden soll, und es dem widersprechen würde, wenn der betreffende Ehegatte, durch dessen Person allerdings der Uebergang in die Gütergemeinschaft vermittelt wird, unter Anrufung der rechtlichen Consequenzen dieses Umstandes zu dem Resultate gelangen könnte, seine persönlichen Schulden auf Kosten des gütergemeinschaftlichen Vermögens zu tilgen;

Daß es vielmehr als eine nothwendige Folge der mit dem Ehevertrage übernommenen Verpflichtung sich erweist, daß seitens

Digitized by Google

des Ehegatten die Geltendmachung etwa möglicher persönlicher Vortheile, wenn diese auf der anderen Seite nur mit Nachtheil für die Gütergemeinschaft ausführbar sind, insoweit solches der Fall, zu unterbleiben hat, und der Bestand der Erbschaft in dem Umfange in die Gütergemeinschaft gelangen muß, wie wenn letztere direkt als Erbin eingetreten wäre;

Daß, wenn demnach die fragliche Schuld activ als auf die Gütergemeinschaft übergegangen anzusehen ist, und letztere im Sinne des Art. 1409 Nr. 1 des B. G.-B. auch passiv dafür aufzukommen hat, in der so innerhalb der Gütergemeinschaft sich vollziehenden Confusion und Tilgung der Schuld ein aus den Mitteln jener der Christine Meisenberg gewährter persönlicher Vortheil gefunden werden muß, für welchen sie nach Art. 1409 Nr. 1 und 1437 des B. G.-B. ersatzpflichtig bleibt;

Daß demzufolge dem Antrage der Incidentappellanten stattzugeben ist.

Aus diesen Gründen

ändert der Kgl. Appell.-Ger.-H., unter Verwerfung der Hauptberufung, auf die Incidentberufung das Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Köln vom 29. Juli 1871 in seiner Entscheidung über den ersten Contestationspunkt dahin ab: erklärt den Nachlaß der Christine Meisenberg für verpflichtet, der Gütergemeinschaft der Eheleute Winand Wirtz und Christine Meisenberg die Summe von 3000 Thlrn. mit 5 % Zinsen vom Tage der Auflösung der Ehe, 14. Januar 1854, zu erstatten; verurtheilt die Hauptappellanten in die Succumbenzstrafe und compensirt die Kosten beider Instanzen.

II. Senat. Sitzung vom 18. Juli 1872.

Advokaten: Schlink — Nacken.

Anwalts-Act. — Sicheres Datum. — Verzicht auf die Einrede der Incompetenz. — Anfechtung durch einen Gläubiger. — Arrestanlage gegen einen Bewohner der alten Provinzen. — Forum arresti.

Ein à l'amiable zugestellter Anwalts-Act gewährt für eine darin abgegebene Erklärung der

Digitized by Google

Partei kein sicheres Datum; wird jedoch auf jenen Akt eine Erklärung der anderen Partei zugestellt, so ist damit jedenfalls die Priorität des ersten Aktes und der darin enthaltenen Mittheilung gesichert.

Der Cessionar kann einen von dem als Arrestschuldner belangten Cedenten erklärten Verzicht auf eine Incompetenz-Einrede nur im Falle einer nachweislichen fraus anfechten.

ie Klage auf Gültigkeitserklärung eines gegen einen Bewohner der alten Provinzen im Gebiete des Rheinischen Rechts angelegten Arrestes kann gültig vor das Gericht erfolgen, in dessen Bezirke der Arrest angelegt worden, und der Dritt-Arrestat seinen Wohnsitz hat.

Die Bestimmungen der Art. 557 und folgende der B. Pr.-O. sind nur unter den Personen maßgebend, welche im Gebiete dieser Prozeß-Ordnung ihren Wohnsitz haben.

Rosen — Grünewald.

Auf Grund eines Erbrezesses ließen mehrere Erben Grünewald durch Akt vom 16. Oktober 1869 bei ihrem Bruder Bernhard Grünewald, Gutsbesitzer in Jülich, sprechend mit ihm bei seiner Anwesenheit in Köln, für verschiedene Herausgaben aus jenem Rezesse Arrest anlegen gegen Karl Grünewald, früher Gutsbesitzer auf Wolfshoven bei Jülich, derzeit zu Elminghaus Kreis Velbert in Westphalen, und belangten dann letzteren am 23. Oktober 1869 beim Kgl. Landgerichte in Köln auf Gültigkeits-Erklärung des Arrestes, ließen auch am 28. Oktober 1869 diese Ladungen dem Bernhard Grünewald, welcher damals schon in Köln seinen Wohnsitz genommen, abschriftlich zustellen. Gemäß eines nicht durch Gerichtsvollzieher zugestellten, sondern à l'amiable mitgetheilten Anwaltsaktes vom 3. Dezember 1869 bestellte Karl Grünewald auf die Klage einen Anwalt unter gleichzeitiger Erklärung, daß er auf jede Incompetenz-Einrede verzichte.

Mittelst einer am 22. Dezember 1869 zugestellten Bittschrift intervenirte Rosen als Gläubiger des Bernhard Grünewald resp. Cessionar von Karl Grünewald für eine Forderung

Digitized by Google

desselben gegen Bernhard Grünewald, und trug dahin an, die Klage als zur incompetenten Stelle angebracht abzuweisen und demgemäß die Arreste für nichtig zu erklären. Zur Begründung dessen wurde geltend gemacht: Karl Grünewald wohne nicht im Bezirke des Landgerichts Köln, der Verzicht auf die Incompetenz-Einrede habe kein sicheres Datum, sei auch gegenüber den Rechten des Rosen wirkungslos, jedenfalls in fraudem creditorum ausgesprochen.

Das Landgericht erklärte die Arreste für gültig, und bestätigte der Appell.-G.-H. dessen Entscheidung aus folgenden Gründen:

J. E. zur Sache und zwar, was zunächst die gegen Karl Grünewald angelegten Arreste und die Intervention betrifft, daß der Appellant und Intervenient, insoweit er nur auf Grund des Art. 1166 des B. G.-B. die Rechte seines Schuldners Karl Grünewald geltend macht, alle von diesem ausgegangenen und ihn verpflichtenden Handlungen anerkennen muß;

Daß Karl Grünewald bei der Anwaltsbestellung vom 3. Dezember 1869 auf jede Incompetenz-Einrede verzichtet hat, und wenn auch diesem Aktenstücke, das im Uebrigen nicht bestritten werden kann, an und für sich kein sicheres Datum beizumessen ist, doch der Appellant in seiner Interventionsschrift den Anwalt Kyll als Anwalt von Karl Grünewald anerkannt hat, indem er seine Interventionsschrift jenem Anwalte hat zustellen lassen, und damals also auch die jedenfalls vorher erfolgte Anwaltsbestellung anerkannt hat;

Daß in jener Anwaltsbestellung aber der Verzicht auf jede Incompetenz-Einrede enthalten ist, und der Appellant diesen daher als integrirenden Theil derselben auch gegen sich gelten lassen muß;

Daß überdies auch Karl Grünewald am 22. Dezember 1869 seinen Antrag au fond genommen hat, ohne die Einrede der Incompetenz ratione personae, von der es sich hier nur handelt, zu erheben; daß demnach diese Einrede auch gemäß Art. 169 der B. Pr.-O. wie von Karl Grünewald, so auch von dem Appellanten nicht mehr vorgebracht werden kann, wenn er nicht nachweist, daß er bereits vor Zustellung jenes Antrages diese Einrede selbst vorgebracht hat, welchen Beweis er durch seinen ebenfalls am 22. Dezember 1869 signifizirten Antrag nicht zu liefern vermag, andere Beweise dafür aber weder erboten, noch viel weniger erbracht hat;

Digitized by Google

J. E., daß der Appellant aber auch auf Grund des Art. 1167 des B. G.-B. den Verzicht des Karl Grünewald auf die Einrede der Incompetenz nicht angreifen kann, da, wenn auch durch die Zustellung der Cession der Forderung des Karl Grünewald an Bernhard Grünewald auf Grund des Schuldscheins d. d. 15. November 1867 vom 10. Dezbr. 1869 der Uebergang jener Forderung selbst Dritten gegenüber auf den Cessionar erfolgte, doch nichts dafür spricht, daß Karl Grünewald zur Zeit des Verzichts auf die Incompetenz-Einrede Kenntniß von der Zustellung der Cession hatte, und demnach kein Beweis vorliegt, daß er, in dem er von dem ihm zustehenden Rechte, auf die Einrede der Incompetenz ratione personae zu verzichten, Gebrauch machte, dieses absichtlich zur Beeinträchtigung der Rechte des Appellanten gethan hat;

J. E., daß Appellant ferner auch Kraft eigenen Rechtes als Eigenthümer der arretirten Forderung die Incompetenz-Einrede und zwar in dem Sinne erhoben hat, daß Mangels einer gültigen Vorladung des Schuldners der Arrest erloschen gewesen, und dieser Mangel Dritten und namentlich dem Cessionar der arretirten Forderung gegenüber nicht durch die Erklärung des desaisirten Cedenten habe gehoben werden können;

Daß die Arreste auf Grund authentischer Urkunden im diesseitigen Bezirke angelegt wurden, und die Arreste dem in Westphalen wohnenden Schuldner innerhalb 8 Tagen nach der Arrestanlage angezeigt, und derselbe auf Gültigkeits-Erklärung der Arreste, wenn auch nicht vor das Gericht seines Wohnortes, sondern vor das Landgericht in Köln, in dessen Bezirke der Arrest angelegt und der Dritt-Saisirte seinen Wohnsitz hat, vorgeladen worden ist;

Daß die Bestimmungen der Art. 557 und folgende der B. Pr.-O. nur unter den Personen maßgebend sind, welche innerhalb des Gültigkeits-Bezirkes dieser Prozeß-Ordnung ihren Wohnsitz haben;

Daß daher die Unterlassung der Vorladung des außerhalb des diesseitigen Bezirkes wohnenden Arrestaten vor das Gericht seines Wohnortes auf Gültigkeits-Erklärung des Arrestes die Nichtigkeit des ganzen Arrestes um so weniger bewirken konnte, als nach den dortigen Gesetzen eine solche Klage unbekannt, andererseits aber auch die dortigen Gerichte nicht befugt gewesen wären, dem Dritt-Arrestaten zu untersagen, von der unbeschränk-

Digitized by Google

ten Befugniß, seinem Gläubiger gegenüber sich zu liberiren, Gebrauch zu machen und ihn zu zwingen, anstatt an diesen an den Gläubiger desselben zu zahlen, vielmehr ein solcher Ausspruch nur durch den Richter erfolgen kann, welchem die Jurisdiction über den Dritt-Arrestaten zusteht; *)

Daß daher auch Karl Grünewald, indem er sich der Competenz dieses Richters unterwarf, nicht eine ungültige Arrestanlage wieder ins Leben rief, sondern nur die endgültige Entscheidung über den angelegten Arrest ermöglichte, wozu ihm die Berechtigung nicht abzustreiten ist;

III. Senat. Sitzung vom 14. März 1873.

Advokaten: Pheifer — Herbertz — Rieth — Welter.

Ort des Vertragsabschlusses. — Ort der Ueberlieferung der Waare. — Competenz. — Art. 420 al. 2 der B.-Pr.-O.

Wird ein Kaufakt über Waaren von einem anderen Orte datirt, als wo er in Wirklichkeit abgeschlossen worden, so muß der erstgedachte als der von den Parteien gewählte Ort des Vertragsabschlusses gelten.

Wenn der Verkäufer den Versand der Waare an einen bestimmten Ort übernommen hat, so ist doch der Ort, wo jener seine Handelsniederlassung hat und die Uebergabe der Waare an den Frachtführer erfolgt, als der Lieferungsort anzusehen.

So entschieden in der Sache: **Vollmann gegen Weiß und Zimmer.**

I. Senat. Sitzung vom 6. Mai 1873.

Advokaten: Welter — Rieth.

---

*) Vergl. Archiv Bd. 61, I. S. 131, auch S. 148.

Digitized by Google

Kaufvertrag über Immobilien. — Auflösung. — Schadensersatz-Klage. — Collision der Gesetze.

Die rein persönlichen Verpflichtungen, welche aus einem im Gebiete des Rheinischen Rechtes zwischen dort wohnenden Personen über in einem anderen Rechtsgebiete (Nassau) gelegene Immobilien gethätigten Kaufvertrage entspringen, sind nach der Rheinischen Gesetzgebung zu beurtheilen, so namentlich die Verpflichtung des Käufers zum Schadensersatze wegen Nichterfüllung.*)

Thewalt — Levy.

Am 30. August 1869 kam zwischen Karl Thewalt zu Köln in eigenem Namen sowie als Bevollmächtigten seiner beiden Geschwister und Isaak Levy zu Remagen ein Vertrag zu Stande, Inhalts dessen die Geschwister Thewalt das ihnen zugehörige im Regierungsbezirke Wiesbaden gelegene Gut Saynhof für den Preis von 19,000 Thlrn. unter Gewährung einer Ratifikations-Frist für den Ankäufer bis zum 1. Oktober 1869 und unter der Bedingung verkauften, daß nach Ablauf dieser Frist in Köln ein notarieller Akt über den Kauf gethätigt und gleichzeitig der Kaufpreis gezahlt werden sollte.

Am 30. September 1869 ließ Levy dem Verkäufer die Erklärung zustellen, daß er den Verkauf ratificire, leistete aber der Aufforderung, am 18. Oktober 1869 zur Vollziehung des Kaufaktes vor Notar zu erscheinen, keine Folge, stellte vielmehr am 31. Oktober einen Schein des Inhaltes aus, daß er aus dem fraglichen Kaufakte wegen Nichtbefolgung der ihm Seitens der Geschwister Thewalt zugestellten Sommation zur notariellen Thätigung des Vertrages keinerlei Rechte und Ansprüche mehr zu erheben habe, vielmehr anerkenne, daß die Geschwister Thewalt, welche sich bei Empfangnahme des gegenwärtigen Reverses alle Rechte vorbehalten hätten, die alleinigen und unbedingten Eigenthümer des gedachten Gutes und demnach für jetzt und immer berechtigt seien, darüber frei und nach Belieben zu verfügen.

Am 30. Juni 1870 ließen nun die Geschwister Thewalt

---

*) Vgl. Archiv Bd. 64. I. S. 226.

Digitized by Google

nochmals eine Aufforderung an Levy ergehen, das Gut gegen Zahlung des Kaufpreises von 19,000 Thlrn. zu übernehmen und den Kaufakt notariell zu vollziehen, widrigenfalls sie das Gut zu 15,000 Thlrn. anderweit verkaufen und Levy für den Ausfall verantwortlich machen würden, und verkiesen dieselben, da diese Aufforderung fruchtlos blieb, das Gut nunmehr wirklich am 14. Oktober 1870 an Herrn von Bibra für den Preis von 15,250 Thlrn.

Demnächst erhoben die Geschwister Thewalt am 21. Februar 1871 Klage beim Landgerichte zu Coblenz gegen Levy auf Zahlung von 3750 Thlrn. als Ersatz des ihnen wegen Nichterfüllung des fraglichen Kaufvertrages entstandenen Schadens.

Verklagter bestritt die Klage aus dem Grunde, weil das Kaufgeschäft am 31. Oktober 1869 zwischen ihm und Karl Thewalt unbedingt und vorbehaltlos und mit Ausschluß jeder Schadensersatzpflicht auf seiner Seite wieder aufgehoben worden sei.

Durch Urtheil vom 2. November 1871 wies das Kgl. Landgericht die Klage ab, indem es erwog, daß dieselbe auf die Auflösung des abgeschlossenen Kaufgeschäftes basirt sei, diese Auflösung vom Verklagten aber nur mit der vorgedachten Modifikation zugegeben werde, und das Gegentheil durch den Schein vom 31. Oktober 1869 wegen mangelnder doppelter Ausfertigung nicht bewiesen werden könne.

Gegen dieses Urtheil ergriffen die Geschwister Thewalt die Berufung, und wurde in zweiter Instanz seitens des Appellaten der Klage insbesondere noch folgende Einrede entgegen gesetzt: die Klage sei eine reine Contractsklage, hergeleitet aus dem Kaufakte. Dieser Akt sei aber null und nichtig. Die verkauften Immobilien seien in dem ehemaligen Herzogthum Nassau gelegen, und müsse demnach auch die Gültigkeit und Wirksamkeit des Kaufes nach den dortigen Gesetzen geprüft werden. Nach diesen werde aber der Uebergang von unbeweglichem Eigenthum nur durch die Ueberschreibung im Stockbuche bewirkt, auf welche nöthigenfalls geklagt werden könne. Werde diese Klage aber nicht längstens binnen 3 Monaten nach Abschluß des Kaufvertrages angestellt, so könne ihr die Verjährungs-Einrede entgegengesetzt werden und zwar mit der Wirkung, daß von da das Kaufgeschäft absolut null und nichtig sei und zu keinerlei Ansprüchen mehr Grund und Veranlassung geben könne.

Digitized by Google

Der Hof erkannte bezüglich dieses Einwandes wie folgt:

J. E., daß die angestellte Klage den Schadenersatzanspruch eines im Gebiete des Rheinischen Rechtes wohnenden Verkäufers gegen einen ebendaselbst wohnenden Käufer wegen Nichterfüllung eines ebendaselbst, aber über ein in der Provinz Nassau gelegenes Gut abgeschlossenen Kaufes umfaßt, diesem Anspruche aber seitens des Verklagten zunächst die Einrede entgegengesetzt wird, daß nach nassauischem Rechte insbesondere dem Gesetze vom 15. Mai 1851 über die Stockbücher §. 8 Verträge, welche die Uebertragung von dinglichen Rechten zum Gegenstande haben, als verjährt und in allen Beziehungen ungültig anzusehen seien, wenn nicht binnen 3 Monaten nach dem Abschluß die Eintragung in dem Stockbuche stattgefunden habe oder eine darauf gerichtete Klage gegen den Säumigen angestellt worden sei;

Daß Kläger hingegen sowohl die behauptete Tragweite der angezogenen gesetzlichen Bestimmung als insbesondere auch deren Anwendung auf den im Gebiete des Rheinischen Rechtes abgeschlossenen Vertrag bezüglich der angestellten rein persönlichen Klage bestreitet, letztere Frage demnach zuerst zu untersuchen ist;

J. E. in dieser Beziehung, daß es allgemeinen Rechtens ist, und auch insbesondere das B. G.-B. dieser Anschauung huldigt, daß, falls nicht besondere gesetzlich oder vertraglich statuirte Ausnahmen existiren, Verträge bezüglich ihrer Wirkungen und Folgen nach den Gesetzen des Landes zu beurtheilen, wo dieselben abgeschlossen sind, namentlich wenn beide contrahirende Parteien dort zugleich ihren Wohnsitz haben, weil die Annahme der Natur der Sache entspricht, daß die Parteien, wenn sie nichts Entgegengesetztes statuirten, die Gesetze des Landes für sich als maßgebend erachteten. Art. 1135, 1159 und folgende des B. G.-B.;

Daß dieser Satz allerdings bezüglich der Wirkungen auf Immobilien seine Beschränkung durch die Gesetze des Ortes, wo diese Immobilien gelegen sind, erhält, indem die Rechte an Immobilien diesen Gesetzen unterworfen sind;

Daß aber über diese dinglichen Rechte jene Beschränkung nicht auszudehnen, und insbesondere den Gesetzen der belegenen Immobilien keine Ausdehnung auf die, durch den die fraglichen Immobilien betreffenden Vertrag entstandenen, rein persönlichen Verpflichtungen gegeben werden kann, da sowohl Zweck als Berechtigung dieser Gesetze blos in den Rechten bezüglich dieser Immobilien beruht, die persönlichen Rechtsverhältnisse der Con-

Digitized by Google

trahenten dagegen das Interesse dieser Gesetze nicht berühren, und letzteren auch keine Berechtigung zu deren Regelung innewohnt;

Daß hieraus folgt, daß ein und derselbe Vertrag unter Umständen durch verschiedene Rechtssysteme beherrscht wird, bezüglich der dinglichen Rechte durch die Gesetze der belegenen Sache, bezüglich der persönlichen Rechte der Parteien durch die Gesetze des abgeschlossenen Vertrages und hierin weder rechtlich noch faktisch ein Widerspruch gefunden werden kann, da die verschiedenen gesetzlichen Bestimmungen und deren Folgen sich auf verschiedenen Gebieten bewegen;

Daß mit dieser Anschauung auch Doktrin und Praxis übereinstimmen; Vgl. Savigny Bd. VIII, §. 372, Foelix droit intern. I. Nr. 74, Archiv 16, I., 138 und 24, I., 227;

J. E., daß nun untergebens die Verpflichtung des Käufers zum Schadenersatz wegen Nichterfüllung seines Vertrages, zu dessen Verbriefung und Vollzug durch Zahlung ausdrücklich in Köln Domizil gewählt worden war, also eine rein persönliche Verpflichtung in Frage steht, demnach einzig das Recht des abgeschlossenen Vertrages d. i. das Links-Rheinische Recht namentlich der Art. 1184 des B. G.-B. zur Anwendung kommt, und die Einrede aus dem nassauischen Gesetze zu verwerfen ist, ohne daß es nöthig wäre auf den Inhalt dieses Gesetzes weiter einzugehen.

III. Senat. Sitzung vom 13. Juni 1873.

Advokaten: Schlink — Nacken.

Nichterscheinen vor dem Vergleichsbüreau. — Versagung des rechtlichen Gehörs. — Contumacial-Urtheil gegen Anwalt. — Gläubiger. — Ausübung der Rechte des Schuldners. — Elterliche Theilung. — Nichterfüllung der Bedingungen. — Widerruf.

Das Erkenntniß, welches den Einspruch gegen ein Contumacial-Urtheil aus dem Grunde verwirft, weil dem Opponenten wegen Nichterlegung der wegen Nichterscheinens vor dem Vergleichsbüreau gegen ihn erkannten Geldbuße das rechtliche Gehör zu versagen, qualifizirt sich als ein Contumacial-Urtheil gegen Anwalt.

Digitized by Google

Hat ein Gläubiger gegen das wider seinen Schuldner ergangene Contumacial-Urtheil Einspruch erhoben und diesen dem Schuldner zustellen lassen, so ist letzterer nicht mehr in der Lage, das Urtheil als rechtskräftig anzuerkennen.

Der Widerruf einer elterlichen Theilung (Art. 1075 und folgende des B. G.-B.) wegen Nichterfüllung der Bedingungen ist nur zulässig, wenn er gegen alle Kinder und Theilgenossen erfolgt.*)

Mendel — Dahmen.

Die Eheleute Wilhelm Heinrich Dahmen und Adelheid Hansen thätigten am 2. Juli 1864 vor Notar einen Akt, den sie als Schenkung unter Lebenden qualifizirten, worin sie verschiedene Immobilien den sieben Kindern des Dahmen aus seiner ersten Ehe mit Helena Bürvenich und seiner zweiten Ehe mit der genannten Hansen schenkten und abtraten, darauf die Immobilien in 7 Loose stellten, wovon sie jedem Kinde ein Loos zutheilten, und am Schlusse noch besonders jedem Kinde die in sein Loos gefallenen Grundstücke nochmals schenkten, was Alles die Kinder acceptirten. Letzteren wurde die Zahlung von bestimmten jährlichen Renten zu Gunsten der Geschenkgeber auferlegt, die bei jedem einzelnen Kinde in ihrem Betrage genau fixirt waren. Eines der Kinder, Adam Dahmen, blieb, nachdem er einen großen Theil der ihm zugefallenen Grundstücke an Philipp Mendel verkauft hatte, mit der Zahlung der Rente im Rückstande. Nachdem er im Dezbr. 1865 vergebens zur Zahlung aufgefordert worden war, stellten die Eltern gegen ihn am 22. Januar 1870 eine Klage auf Revocation resp. Resiliation der gemachten Schenkung an mit der Erklärung, daß dieselbe den übrigen Kindern gegenüber aufrecht erhalten bleibe. Am 8. Februar 1870 erging beim Kgl. Landgerichte zu Köln ein Contumacial-Urtheil, welches die Schenkung vom 2. Juli 1864, insoweit sie den Verklagten betreffe, für revozirt und die fraglichen Grundstücke nach wie vor als Eigenthum der Kläger er-

*) Vergl. Genty traité des partages d'ascendants p. 229, und Demolombe traité des donations entre vifs et des testaments. tome XVI. p. 129.

Digitized by Google

klärte, auch den Verklagten wegen Nichterscheinens am Vergleichsbüreau zur gesetzlichen Geldbuße verurtheilte und demselben bis zur Erlegung der letzteren jedes rechtliche Gehör versagte. Dies Urtheil wurde dem Verklagten am 5. März 1870 zugestellt und von demselben am 7. März als rechtskräftig anerkannt.

Inzwischen hatte der oben genannte Philipp Mendel, nachdem er am 29. Januar 1870 sich den Eheleuten Dahmen gegenüber zur Zahlung der Leibrente erboten und dieselben aufgefordert hatte, ihm deren Betrag anzugeben, am 12. Februar 1870 in Ausübung der Rechte seines Schuldners Adam Dahmen Einspruch gegen das Contumacial-Urtheil erhoben mit dem Antrage, jenes Urtheil wieder einzuziehen und die Klage kostenfällig abzuweisen. Er stützte diesen Antrag auf die Behauptung, daß der Akt vom 2. Juli 1864 eine Theilung der Eltern unter ihre Kinder darstelle, welche wegen Nichterfüllung der Bedingungen einer Revocation nicht unterliege, jedenfalls die Klage auch unbegründet sei, weil er sich noch vor Erlaß des Contumacial-Urtheiles zur Zahlung der erfallenen Rentzieler bereit erklärt habe.

Die Oppositen bestritten den Einspruch als unstatthaft, weil das Contumacial-Urtheil durch die Anerkennung des Adam Dahmen vom 7. März 1870 rechtskräftig geworden, und als unbegründet, weil der fragliche Akt nur eine einfache Schenkung darstelle, aber auch als elterliche Theilung revocabel sei, und weil das bloße Erbieten ohne offre réelle bedeutungslos gewesen sei.

Durch Urheil vom 26. Juli 1871 wurde der Einspruch aus dem formellen Grunde verworfen, weil Adam Dahmen und der seine Rechte ausübende Opponent wegen Nichterlegung der Geldbuße kein Gehör finden könnten.

Mendel legte nunmehr am 8. November 1871 gegen die Wittwe des inzwischen verstorbenen Wilhelm Heinrich Dahmen und gegen dessen Kinder Drittopposition gegen die beiden Urtheile vom 8. Februar 1870 und 26. Juli 1871 ein, und machte zu deren Begründung insbesondere auch noch geltend, daß der Akt vom 2. Juli 1864 seiner eigentlichen Natur nach ein Leibrenten-Vertrag sei, wobei keine Revocation, sondern nur die im Art. 1978 des B. G.-B. erwähnte Executionsart zulässig sei.

Digitized by Google

Durch Urtheil vom 20. März 1872 wurde diese Dritt-Opposition als unbegründet verworfen.

Mendel ergriff nun gegen die Urtheile vom 26. Juli 1871 und 20. März 1872 die Berufung und machte zu deren Rechtfertigung außer den früheren Gründen auch noch den geltend, daß die Klage, selbst wenn man die Revocation auch bei einer elterlichen Theilung für zuläſſig halten wollte, doch nicht gegen den Adam Dahmen allein, sondern gegen sämmtliche Kinder Dahmen hätte gerichtet werden müſſen, weil es der Natur einer Theilung, wovon die elterliche Theilung nur eine besondere Art sei, widerspreche, eine solche theilweise aufzuheben und theilweise bestehen zu laſſen, zumal die übrigen Kinder, die an der Aufrechthaltung des Aktes vom 2. Juli 1864 interessirt, befugt gewesen seien, die Verpflichtung des säumigen Adam Dahmen aus eigenen Mitteln zu erfüllen und im Wege des Theilungs-Privilegiums ihren Rückgriff zu nehmen.

Seitens der Appellaten wurde die Berufung von dem Urtheile vom 26. Juli 1871 vor allem als unzuläſſig und sodann beide Berufungen aus den in erster Instanz geltend gemachten Gründen als unbegründet bestritten.

Der Hof erließ folgendes reformatorische

Urtheil:

J. E., zur Berufung wider das Urtheil vom 26. Juli 1871, daß die Einrede der Unzuläſſigkeit dieser Berufung der Begründung entbehrt, da von einer Rechtskraft des Contumacial-Urtheils vom 8. Februar 1870 um deswillen keine Rede sein kann, weil es eben durch die Opposition vom 12. Februar 1870 in Frage gestellt war, und trotz seiner Zustellung vom 5. März durch das die Opposition verwerfende Urtheil vom 26. Juni 1871 nicht rechtskräftig geworden ist, da dieses letzte Urtheil, welches, ohne auf die Prüfung der Sache einzugehen, lediglich auf dem Motive beruht, daß dem Opponenten wegen nicht bezahlter Geldbuße das rechtliche Gehör zu versagen sei, sich nur als Contumacial-Urtheil wider Anwalt qualifiziren läßt, so daß die Berufung wider dasselbe nicht nur zuläſſig ist, sondern auch, ohne daß es einer besonderen Berufung wider das Contumacial-Urtheil vom 8. Februar 1870 bedurfte, die durch die Opposition suspendirte Entscheidung der Sache selbst dem Hofe devolvirt hat;

Digitized by Google

Daß aber auch von einer Rechtskraft dieses Contumacial-Urtheils in Folge des Anerkenntnisses des Adam Dahmen vom 7. März 1870 dem Opponenten gegenüber keine Rede sein kann, weil er als Gläubiger des Adam Dahmen demselben unter dem 18. Februar 1870 die Anzeige gemacht, daß er in Ausübung seiner Rechte gegen das gedachte Contumacial-Urtheil die Opposition erhoben habe, und ihn unter Zustellung der Oppositions-Requete zur Sitzung geladen, dadurch aber das Objekt des Prozesses zu seinem Vortheile derart beschränkt hatte, daß dem Adam Dahmen die Befugniß, über dasselbe zum Nachtheil seines Gläubigers durch Anerkennung des fraglichen Urtheils zu disponiren, entzogen war;

Daß zur Sache selbst die gegen die Revocationsklage zunächst geltend gemachte Einrede, der Akt vom 2. Juli 1864 sei lediglich als ein onoröser Leibrenten-Vertrag aufzufassen, der im Falle der Nichtzahlung der Leibrente keiner Revocation, sondern der Vorschrift des Art. 1978 des B. G.-B. unterliege, bereits vom ersten Richter in seinem Urtheile vom 20. März 1872 so zutreffend widerlegt worden ist, daß es einer nochmaligen Erörterung in dieser Beziehung nicht bedarf;

J. E., was sodann die weitere Einrede betrifft, der erwähnte Akt sei keine einfache Schenkung, sondern eine Theilung der Eltern unter die Kinder, und daher der Revocation nicht unterworfen;

Daß es einem Bedenken nicht unterliegen kann, daß jener Akt, trotzdem er sich selbst die Benennung einer bloßen Schenkung beilegt, in seinem Wesen eine anticipirte Erbtheilung unter die Kinder darstellt, weil das charakteristische Merkmal, wodurch eine solche Theilung sich von der einfachen Schenkung an die Kinder unterscheidet, daß sie nämlich eine mit einer Schenkung gleichzeitig verbundene Distribution des Vermögens unter die Kinder nach Verhältniß ihrer Erbberechtigung, im Gegensatz einer einfachen Schenkung ohne eine solche Vertheilung, enthält, sich in dem erwähnten Akte vorfindet, da die Eltern darin es nicht nur geradezu aussprechen, daß sie die Grundstücke zum Zwecke der Theilung den Kindern nach ihren Antheilen abtreten, sondern auch dem entsprechend die verschenkten Immobilien in 7 Loose stellen und jedem Kinde eines davon zutheilen;

J. E., daß, wenn nun im Art. 1076 des B. G.-B. bestimmt ist, daß solche Theilungen unter den Formen, Bedin-

Digitized by Google

gungen und Regeln, welche für die Schenkungen gelten, bewirkt werden können, hierbei von dem Gesetz als selbstverständlich vorausgesetzt wird, daß dabei die Anwendung der materiellen Regeln für die Schenkungen insoweit eine Grenze finde, als die innere Natur des Rechtsgeschäfts dieser Anwendung entgegen steht;

Daß in Fällen, in welchen bei einer elterlichen Theilung der Gesammtheit der Kinder eine Leistung an die Eltern auferlegt ist, oder für die von einzelnen Kindern zu machenden Leistungen die übrigen Kinder mit verpflichtet sind, der Widerruf der Schenkung wegen Nichterfüllung der Bedingungen gegen alle Kinder nach den Regeln von der Schenkung Platz greifen kann;

Daß es aber rechtlich nicht angeht, sowie hier verlangt wird, die Schenkung lediglich *einem Kinde gegenüber wegen Nichterfüllung der von ihm übernommenen Leistungen zu widerrufen, für die anderen Kinder aber bestehen zu lassen, weil einem solchen Verlangen das charakteristische Element und das rechtliche Wesen dieser eine anticipirte Erbtheilung unter die Kinder enthaltenden Schenkung entgegensteht;

Daß ebenso, wie vermöge der Besonderheit dieses Wesens die Art. 1077 und folgende des B. G.-B. dabei vor den Regeln der gewöhnlichen Schenkung vorwiegende Geltung in Anspruch nehmen, ebenso wie die Natur der elterlichen Theilung eine Anwendung der für die Schenkungen bestehenden Regeln über die Pflicht, die geschenkten Gegenstände zu conferiren, ausschließt, so auch der Widerruf, wie er hier beansprucht wird, nicht Platz greifen kann, weil es innerlich unmöglich ist, und dem Begriff einer gleichmäßigen Theilung und anticipirten Erbestheilung unter die Kinder widerspricht, dieselbe für eines der Kinder und Theilgenossen wieder aufzuhebeu, wie wenn sie nicht geschehen wäre, für die anderen Kinder aber bestehen zu lassen;

Daß die entgegengesetzte Annahme vermöge der Aufrechthaltung der elterlichen Theilung für die übrigen Kinder, wobei consequent auch die Collationspflicht der letzteren ausgeschlossen ist, ein Rechtsgeschäft in einem einzelnen Bestandtheil wieder aufheben will, dessen dies Rechtsgeschäft nicht entbehren kann, und dem Grundprinzip der Materie zuwider sowohl die Theilung zu einer ungleichmäßigen machen, als den rechtlichen Bestand einer anticipirten Erbtheilung mit Ausschluß eines Kindes statuiren, auch im praktischen Resultat eine gänzliche oder theilweise Enterbung dieses Kindes hervorbringen würde;

Digitized by Google

Daß daher die am 22. Januar 1870 angestellte Klage abgewiesen werden mußte, und die Berufung gegen das Urtheil vom 26. Juli 1871 gerechtfertigt ist;

J. E., auf die Berufung wider das Urtheil vom 20. März 1872 (folgen nun die weiter nicht interessirenden Gründe bezüglich der Drittopposition);

Aus diesen Gründen

nimmt der Hof unter Reformation des Urtheils des Kgl. Landgerichts zu Köln vom 26. Juli 1871 die Opposition wider das Contumacial-Urtheil vom 8. Februar 1870 an, zieht dasselbe wieder ein und weist an dessen Statt die Klage vom 22. Januar 1870 ab; u. s. w.

I. Senat. Sitzung vom 25. Juni 1873.

Advokaten: Pheifer — Nacken — Wallraf.

Privatfluß. — Benutzungsrecht der Uferbesitzer. — Ersitzung. — Gewerbliche Anlagen. — Streit über das Maaß der Benutzung. — Richterliches Ermessen. — Verunreinigung des Wassers — Competenz der Gerichte.

Das dem Uferbesitzer durch Art. 644 des B. G.-B. verliehene Recht der Benutzung des Wasserlaufes eines Privatflusses für das an diesem liegende Grundstück geht durch eine Abtrennung eines Theiles desselben von dem unmittelbar an den Fluß anstoßenden Theile für den abgetrennten Theil nicht verloren, wenn bei der geschehenen Abtrennung dieses Recht selbst und die zu dessen Ausübung nöthigen Einrichtungen vertraglich conservirt worden sind.*)

Ein von dem unterhalb liegenden Eigenthümer während rechtsverjährter Zeit gegen den oberhalb liegenden Eigenthümer mit Erfolg ausgeübtes Untersagen der Benutzung des Wasserlaufs kann Mangels sichtbarer eine solche Benutzung ausschließender Vorrichtungen für das unterliegende Eigenthum ein Servitutrecht zum Nachtheil des oberliegenden Eigenthums nicht begründen.

*) Vergl. Daviel des cours d'eau Bd. II. Nr. 590. Demolombe Servitudes I. 153.

Digitized by Google

Dem Uferbesitzer steht das Recht der Wasserbenutzung für sein an dem Flusse liegendes Grundstück in dessen ganzen Ausdehnung zu. Er ist daher zur Entnahme des Wassers nicht auf die Strecke beschränkt, wo der Fluß sein Grundstück unmittelbar berührt, darf vielmehr, was seine Berechtigung den andern Uferbesitzern gegenüber betrifft, auch an jedem andern Punkte über fremdes Eigenthum und selbst über einen öffentlichen Weg das Wasser seinem Grundstücke zuführen.

Dem Uferbesitzer ist eine Verwendung des Wassers nicht nur zu ackerbaulichen sondern auch zu gewerblichen Zwecken gestattet.

Bei Streitigkeiten zwischen den Uferbesitzern über das Maaß der Benutzung tritt in Ermangelung von Verträgen oder Verordnungen der Verwaltungsbehörden nach dem Prinzip des Art. 645 des B. G.-B. das richterliche Ermessen zur billigen Ausgleichung der verschiedenen Interessen ein.

Die von einem Uferbesitzer gegen einen andern wegen angeblicher Verunreinigung des Wassers erhobene Beschwerde gehört zur Competenz der Gerichte.*)

Rauner — Almenraeder.

Auf der Grenze der Gemeinden Elberfeld und Barmen zieht sich in der Richtung von Norden nach Süden die sogenannte Bendahler Straße. Da, wo dieselbe dem aus der sogenannten Boehle kommenden und der Wupper zufließenden Boehlerbache entlang geht, liegt die Besitzung von August und Julius Almenraeder, bestehend aus einem kleineren Grundstücke an der rechten Seite des Baches zwischen diesem und der Straße, auf welchem eine Fabrik und eine Badeanstalt errichtet sind, und aus einem größeren Grundstücke an der andern Seite der Straße, worauf außer Wohn- und Oekonomie-Gebäuden eine Waschanstalt und eine Bleicherei sich befinden. Durch ein $2^1/_2$ Zoll weites eisernes Rohr wird das Wasser aus dem Bache der auf dem erstgedachten Grundstücke befindlichen Badeanstalt zugeführt und aus dieser wieder in den Bach zurückgeleitet. Neben der Mündung des

*) Vergl. Archiv Bd. 57. I. 56. 61. I. 114.

Digitized by Google

gedachten Rohrs befindet sich sodann eine Stauvorrichtung im Bachbette, von welcher aus mittelst einer $3^1/_2$ Zoll breiten und 3 Zoll hohen Rinne das Wasser unter dem Badehause durch und über die Straße auf das größere Grundstück und zwar zunächst in das Waschhaus und dann auf die Bleiche abgeleitet wird. Das übrigbleibende Wasser fließt in einer Rinne am untern nördlichen Ende jenes Grundstücks, welches hier in einer Länge von ungefähr 28 Fuß mit einer ungefähr 5 Fuß hohen Mauer an den Bach anstoßt, dem letztern wieder zu, indem dieser, nachdem er die Straße quer überschritten, hier an deren andern Seite seinen Lauf hat.

Unterhalb dieser Stelle liegt ein Grundstück des Friedrich Wilhelm Rauner, worauf sich eine Färberei, Wäscherei und Bleicherei befinden, und welches seinen Zugang von der Bendahler Straße durch eine mit dem Nachbar Otto Hillmann gemeinschaftliche Einfahrt hat. Diesem Grundstücke, welches nicht bis an den hier überwölbten Boehlerbach reicht, wird das Wasser aus letzterm durch eine unterirdische durch das Eigenthum des Hillmann gehende Wasserleitung zugeführt.

Nach der Behauptung des Rauner bildet das vorgedachte Grundstück einen Theil eines ursprünglich zusammenhängenden, an den Bach anstoßenden Gutes, dem die Gerechtigkeit des Wasserbezugs aus dem Boehlerbache mit einer andern jetzt im Eigenthum von Neuhoff und Dunklenberg stehenden Besitzung ausschließlich zugestanden und zwar zu gleichen Theilen, und hat Rauner, wie er ferner behauptet, theils bei Erwerbung des ihm jetzt zugehörigen Theiles dieses Gutes, theils durch späteren Vertrag die eine Hälfte der Wassergerechtigkeit mit der Leitung durch das Grundstück von Hillmann ausschließlich erworben.

Gestützt auf diese Behauptungen und das obige Sachverhältniß erhob Rauner am 15. Dezember 1870 gegen August und Julius Almenraeder Klage beim Kgl. Landgerichte zu Elberfeld dahin, daß erkannt werde, daß den Verklagten nicht die Berechtigung zustehe, aus dem Boehlerbache Wasser auf ihre an diesem Bache gelegenen Grundstücke abzuleiten, daß sie jedenfalls nicht berechtigt seien, auf alle ihre Grundstücke sondern nur auf das zwischen dem Bache und der Bendahler Straße gelegene Grundstück, nicht aber über diese Straße auf das jenseits derselben gelegene Grundstück Wasser abzuleiten, und daß sie ferner das abgeleitete Wasser zu gewerblichen, insbesondere zu

Digitized by Google

den Zwecken ihrer Wasch- und Bade-Anstalt zu benutzen, zu verbrauchen und zu verunreinigen, nicht befugt seien.

Das Kgl. Landgericht hat durch Vorbescheid vom 19. Mai 1871 eine Ortsbesichtigung verordnet und, nachdem diese am 14. Juli 1871 abgehalten worden, durch Endurtheil vom 1. Dezember 1871 die Klage abgewiesen, indem es erwog, daß laut der Ortsbesichtigung weder das Grundstück des Klägers noch die diesem mit Hillmann gemeinschaftliche Einfahrt an den Boehlerbach unmittelbar angrenze, die Klage daher nicht auf die Rechte eines Uferbesitzers (riverain) gestützt werden könne; daß der Kläger, insofern er in Folge der Theilung des ursprünglich zusammenhängenden Gutes die Rechte des Anliegers überkommen zu haben behaupte, höchstens gegen diesen, nicht aber gegen die übrigen an den Bach angrenzenden Eigenthümer Rechte erworben haben würde; daß nämlich die Rechte des Uferbesitzers am fließenden Wasser weder Eigenthums- noch Servitut-Rechte seien, sondern ein an das angrenzende Grundstück geknüpftes Nutzungsrecht darstellten, welches bei der Uebertragung von nicht an das Wasser anschießenden Trennstücken nicht mit auf diese übertragen werden können; daß endlich das Beweiserbieten über ein während rechtsverjährter Zeit mit Erfolg ausgeübtes bloßes Untersagen der Benutzung des Wassers durch die Verklagten und ihre Rechtsvorfahren den Mangel sichtbarer dieses bezweckender Vorrichtungen nicht ersetzen könne.

Auf die von Rauner gegen dieses Urtheil eingelegte Berufung erkannte der Appell.-Ger.-Hof reformatorisch wie folgt:

Urtheil.

J. E., daß der Art. 644 des B. G.-B. die darin aufgeführten Rechte an dem Wasserlauf der nicht schiff- und flößbaren Flüsse den Uferbesitzern und nur diesen zuerkennt und zwar abgesehen von dem Umstande, daß diese Uferbesitzer auch die aus der Nähe dieses Flusses folgenden Belästigungen vorzugsweise zu erleiden haben, aus dem Grunde, weil sie und nur sie in der Lage sind, unabhängig von Anderen die in der Benutzung des Wassers liegenden Vortheile für sich geltend zu machen;

Daß daher, sowie auch überhaupt, kein rechtlicher Grund abzusehen ist, weshalb ein Grundstück, dem vermöge seiner Lage dieses Wasserbenutzungsrecht in seiner ganzen Ausdehnung zusteht, durch eine Abtrennung eines Theiles von dem an dem

Digitized by Google

Flusse liegenden Theile, in Ansehung des abgetrennten Theiles dieses Nutzungsrecht verlieren sollte, wenn bei der geschehenen Abtrennung dieses Recht und die dazu nöthigen faktischen Einrichtungen vertraglich conservirt worden sind, indem nämlich für diesen Verlust des Rechtes nichts angeführt werden könnte, als eben der Akt der Trennung, und dieser Akt die behauptete Folge ausdrücklich ausschließt;

Daß die entgegengesetzte rein formelle Auslegung des Art. 644 in ihren Consequenzen entweder einerseits zur Untheilbarkeit oder anderseits zur Entwerthung solcher Grundstücke führen würde, was beides das Gesetz nicht will;

Daß diese für das französische Recht schon kaum bestrittene Anschauung um so unbezweifelter für das Gesetz vom 28. Februar 1843 maßgebend ist, indem daselbst in § 25 Nro. 5 die Zulässigkeit der Uebertragung dieses Benutzungsrechtes auf einen ursprünglich nicht Berechtigten für gewisse Fälle statuirt, also die rechtliche Möglichkeit dieser Uebertragung überhaupt anerkannt wird;

Daß nämlich, wie auch das Kgl. Obertribunal (Striethorst Archiv 75. I. 15) bereits anerkannt hat, der Wasserlauf eines nicht schiff- und flößbaren Flusses trotz seiner ewigen Erneuerung ein identisches und dauerndes Objekt darstellt, welches nicht bloß gemäß Art. 714 des B. G.-B. zum Gebrauche Aller bestimmt, sondern mit seinen der Landwirthschaft und der Industrie dienenden Kräften dem Privateigenthum unterworfen ist, und insbesondere dieses Eigenthum als ein den Uferbesitzern zustehendes selbstständiges Recht in den Gesetzen anerkannt, dessen Umfang definirt und zugleich eine Erweiterung des letztern durch Lokalstatute und spezielle Rechtstitel für zulässig erklärt wird, §. 1 des citirten Gesetzes;

Daß daher untergebens Kläger und Appellant unzweifelhaft einerseits als zur Benutzung des Wassers berechtigt, anderseits als zur Klage aktiv legitimirt, da beides als correlat erscheint, angesehen werden muß, wenn er nachzuweisen im Stande ist, daß das von ihm gegenwärtig besessene Grundstück mit dem nebenliegenden und an dem Boehlerbach anliegenden Grundstücke des Hillmann früher ein Ganzes bildete und bei der Trennung von demselben ihm das Wasserbenutzungsrecht vertraglich conservirt, und mit diesem Rechte dasselbe ausdrücklich später jedesmal auf den neuen Eigenthümer übertragen worden ist, sowie

Digitized by Google

daß demselben von den Besitzern des Hillmann'schen Grundstücks dieses Recht so wenig, wie die zu dessen Ausübung dienlichen Anlagen je bestritten worden sind;

J. E., daß u. s. w. (es wird nun ausgeführt, daß der fragliche Beweis durch die vorgelegten Urkunden und Aktenstücke vollständig geliefert sei);

J. E., daß nun Kläger zunächst aufstellt, daß den Verklagten und Appellaten überhaupt kein Recht zustehe, aus dem Boehlerbache Wasser abzuleiten, und er diese Pretension auf die Behauptung stützt, daß ihm, Kläger, und den Uferbesitzern Dunkelnberg und Neuhoff dieses Recht allein zustehe, und sie dasselbe von jeher insbesondere 30 Jahre vor der in Frage stehenden Ableitung des Wassers durch die Verklagten besessen und ausgeübt, insbesondere jede anderweitige Benutzung mit Erfolg untersagt hätten;

Daß dieser Anspruch jedoch als begründet nicht angesehen werden kann;

Daß nämlich derselbe von einem Unterlieger gegen einen Oberlieger gerichtet, seitens des unterliegenden Eigenthums die Behauptung eines ihm zum Nachtheile des oberliegenden Eigenthums zustehenden Servitutrechtes enthält, insofern dadurch diesem die Ausübung eines ihm gesetzlich zustehenden Rechtes untersagt würde, demnach nur durch den Nachweis einer Servitut-Errichtung begründet werden könnte, untergebens zu diesem Zwecke aber keine dahin zielende Verträge vorgelegt, noch ein dreißigjähriger Besitz von solchen Einrichtungen artikulirt wird, welche die Benutzung seitens der Verklagten ausschließen würden, bei deren Mangel aber die Artikulationen des Klägers darüber, in welchem Umfange und in welcher Weise seine eigene Benutzung stattgefunden hat, irrelevant erscheinen;

J. E., daß sodann ferner Kläger den Verklagten das Recht bestreitet, aus dem Boehlerbache bei h i der zur Ortsbesichtigung vom 14. Juli 1871 genommenen Zeichnung, das heißt: oberhalb des westlich des Beudahler Weges gelegenen Grundstückes derselben für das östlich dieses Weges gelegene Grundstück über oder unter diesen Weg abzuleiten, und überhaupt für letztgenanntes Grundstück das Wasser an einem andern Punkte zu entnehmen, als wo dasselbe direkt an dem Bache anliegt, und auch das dort entnommene Wasser für einen bachaufwärts dieses Punktes gelegenen Theil dieses Grundstückes zu verwenden;

Digitized by Google

Daß aber auch diese Petita sämmtlich unbegründet erscheinen;

Daß nämlich die Thatsache des Anliegens eines Grundstückes an einem nicht flöß- und schiffbaren Flusse für sich allein gemäß Art. 644 des B. G.-B und dem hiermit übereinstimmenden Gesetze von 1843 für dieses Grundstück in seiner ganzen Ausdehnung das Recht auf Benutzung des fraglichen Wassers gibt, und das Gesetz bezüglich der oberhalb oder unterhalb der an den Bach anstoßenden Punkte gelegenen Theile nicht unterscheidet, und die einzige Beschränkung in der faktischen Möglichkeit der Benutzung liegt;

Daß auch nirgends das Gesetz ausspricht, und dieses auch seinem Zwecke nicht entsprechen würde, daß der Punkt, wo der Anlieger das ihm zur Bewässerung seines Grundstücks zustehende Wasser entnimmt, nur in gleicher Linie mit diesem Grundstücke und nicht etwa an einem höher gelegenen Punkte des Baches liegen dürfe, indem durch eine solche Bestimmung das durch das Gesetz verliehene Recht in vielen Fällen wegen vorhandener lokaler Verhältnisse ohne rechtlichen Grund durch das Gesetz auch wieder entzogen werden würde;

Daß es vielmehr einzig Sache des Anliegers ist, wenn er die durch die Verwaltungsbehörden statuirten Normen nicht überschreitet, an jedem beliebigen höheren Punkte, selbst wenn dieser nicht einmal auf seinem Eigenthume gelegen wäre, vorausgesetzt für diesen Fall, daß er die Genehmigung des betreffenden Eigenthümers besäße und im Uebrigen keine andern Rechte verletzte, die Einrichtungen an dem Flusse zu treffen, welche zur Entnahme des seinem Grundstücke zukommenden Wassers dienlich sind;

Daß der §. 13 in fine des Gesetzes von 1843 dieses geradezu ausspricht, indem er besagt, daß, wenn mehrere an einander grenzende Uferbesitzer über eine Anlage einverstanden sind, die Grundstücke derselben bezüglich der Ausübung der Bewässerung als ein einziges anzusehen seien;

Daß daher die Verklagten, welche nach der unbestrittenen Constatirung des richterlichen Ortsbesichtsprotokolls vom 14. Juli 1871 mit ihrem östlich vom Bendahler Wege gelegenen Grundstücke bei g f des erwähnten Planes an dem Boehler Bach anliegen, für berechtigt zu erachten sind, dieses Grundstück in seiner ganzen Ausdehnung zu bewässern — vorbehaltlich selbstredend der durch die Art. 644 und 645 des B. G.-B.

Digitized by Google

und das Gesetz von 1843 im Uebrigen gemachten Beschränkungen — und zu diesem Zwecke das Wasser auch an einem höher gelegenen Punkte des Baches, insbesondere also bei h i der genannten Zeichnung zu entnehmen, und es in dieser Beziehung auch gleichgültig ist, ob die Appellaten ihre Besitzung, in deren Nähe resp. auf welcher die Punkte h und i gelegen sind, an einen Dritten verkauft haben mögen, wie Kläger artikulirt, so lange ihnen von dem neuen Besitzer die fragliche Einrichtung zur Entnahme des Wassers nicht streitig gemacht wird, der Beweis der geschehenen Veräußerung demnach irrelevant erscheint;

Daß ebensowenig die Art, wie diese Einrichtung in's Werk gesetzt wird, den nur als einfacher Uferbesitzer und insbesondere Unterlieger in Betracht kommenden Kläger berechtigt, einen Widerspruch zu erheben, und namentlich auch die Thatsache, daß die Zuleitung des Wassers auf das berechtigte Grundstück durch einen angeblich öffentlichen Weg geschieht, ihn nicht berührt, so lange seitens der Verwaltungsbehörden hiergegen kein Einspruch erhoben worden, was untergebens nicht der Fall ist, und es demnach gleichgültig erscheint, ob, wie Kläger behauptet, der fragliche Weg ein öffentlicher, oder, wie Verklagter behauptet, an betreffender Stelle sein Privateigenthum sei;

Daß ebenso unbegründet der Antrag des Klägers ist, daß Verklagte nicht berechtigt seien mehr als die Hälfte des Wassers des Boehlerbaches abzuleiten, da sie nur Anlieger auf einer Seite seien, weil diese Beschränkung des Anliegers nur zu Gunsten des gegenüberliegenden Anliegers, nicht aber zu Gunsten der Unterlieger besteht, wie sich auf's klarste daraus ergibt, daß, wenn ein Eigenthümer Anlieger auf beiden Ufern ist, solche Beschränkung nicht existirt;

Daß im Uebrigen aber die ebenfalls von dem Kläger angeregte Frage, bis zu welchem Maaße die Verklagten zur Verbrauchung des Wassers zum Nachtheile der Unterlieger berechtigt sind, nach Maaßgabe des Art. 645 des B. G.-B. zu entscheiden ist, und demnach, da über diesen Punkt Verträge unter den Parteien nicht existiren, auch keine Verordnungen der Verwaltungsbehörden vorgelegt worden sind, allerdings das richterliche Ermessen einzutreten hätte;

Daß, ehe jedoch hier die klägerischerseits beantragte Expertise darüber, ob und welche Beschränkungen dem Wasserverbrauche der Verklagten aufzuerlegen sind, statt zu geben ist, erst zu

Digitized by Google

untersuchen und durch die hierüber klägerischerseits erbotenen Beweise zu ermitteln ist, ob durch die Stauvorrichtung der Verklagten bei h i, abgesehen von dem in der Badeanstalt der Verklagten verbrauchten Wasser und abgesehen von den Zeiten des Wasserüberflusses, das ganze Wasser des Boehlerbaches oder doch beinahe das ganze Wasser, je nach dem Wasserzufluß, dem östlich des Bendahler Weges gelegene Grundstücke der Verklagten zugeführt und auf diesem Grundstück durch das Begießen der Wäsche der Art verbraucht wird, daß beim Punkte k des Planes beinahe gar kein Wasser, jedenfalls ein für die Anlagen des Klägers ganz unzureichendes Wasser zufließt;

Daß erst nach dem Resultate dieses Beweises und unter Berücksichtigung des Umfanges der beiderseitigen gewerblichen Anlagen, worüber gegenwärtig noch keinerlei Momente vorliegen, ein Nutzungsverhältniß unter den streitenden Parteien festgesetzt werden kann, die hierauf bezügliche Expertise daher zur Zeit noch nicht zu verordnen ist;

Daß jedoch hier noch vorab die Frage zu entscheiden, die Kläger verneint, ob nämlich Verklagte als Anlieger an dem fraglichen Bache überhaupt zur Benutzung dessen Wassers zu Zwecken ihrer gewerblichen Anlagen, insbesondere ihrer Bade- und Waschanstalt berechtigt sind;

Daß diese Frage jedoch, die in derselben Weise auch gegen den Kläger als Inhaber einer Bleiche und einer Färberei, für welche er das Wasser ebenfalls aus dem Boehlerbache bezieht, gerichtet werden könnte, zu bejahen ist, indem dem Zwecke des Gesetzes d. i. der Nutzbarmachung des Wassers zu Gunsten der Anlieger auch diese Verwendung entspricht, und die Ausdrucksweise: l'irrigation de ses propriétés in ihrer Allgemeinheit nicht blos die Bewässerung zu den ackerbaulichen, sondern auch zu den andern Zwecken der anliegenden Grundstücke, die dieselben vermöge ihrer natürlichen Beschaffenheit oder der ihnen von dem Eigenthümer gegebenen Bestimmung haben, in sich begreift, wie dieses der Schlußsatz dieses Artikels noch klarer macht;

Daß dieselbe Auschauung aber noch deutlicher aus den Bestimmungen der §§. 1, 13 bis 18 des Gesetzes von 1843 sich ergibt;

J. E., daß Kläger endlich erkannt haben will, daß die Verklagten nicht berechtigt seien, das Wasser, welches zum Waschen benutzt worden ist und in den in der Zeichnung blau

Digitized by Google

eingetragenen Teich oder auf andere Weise geführt wird, über die längst ihrer Mauer durch den Eisenbahndurchlaß herführende offene Rinne und demnächst eine unterirdische Leitung derart ablaufen zu lassen, daß dasselbe oberhalb des Punktes d, wo Kläger das Wasser des Baches auf sein Grundstück ableitet, in den Boehlerbach eindringen und dessen Wasser verunreinigen kann;

Daß es nun zunächst einem begründeten Bedenken nicht unterliegt, daß die Beschwerde des Klägers über angebliche Verunreinigung des Wassers, weil sie auf ein ihm auf Grund des Art. 644 des B. G.-B. und §. 1 des mehrcitirten Gesetzes von 1843 zustehendes Privatrecht an dem fraglichen Wasser begründet wird und nicht das allgemein polizeiliche Interesse des §. 3 daselbst verfolgt, zur Competenz der Gerichte und nicht der Verwaltungsbehörde gehört;

Daß auch an der Berechtigung zu dieser Beschwerde, wenn sie begründet sein sollte, auf Seiten des Klägers nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht zu zweifeln wäre, indem das allen Anliegern von dem Gesetze überwiesene Wasser nicht von Einem zum Nachtheile der Andern verunreinigt werden darf, es daher hier auf den Beweis der in relevanter Weise erbotenen Thatsachen ankommt;

Daß es jedoch angemessen erscheint die Parteien zur Führung dieser Beweise und zur weiteren Entscheidung in die erste Instanz zurückzuverweisen;

Aus diesen Gründen

hebt der Appell.-Ger.-Hof das Urtheil des Landgerichtes zu Elberfeld vom 1. Dezember 1871, welches die durch Akt vom 15. Dezember 1870 angestellte Klage wegen mangelnder Aktivlegitimation des Klägers abgewiesen hat, auf, erklärt vielmehr den Kläger zur Klage aktive legitimirt, weiset sodann in der Sache erkennend die Klage 1. soweit sie auf gänzliche Ausschließung der Verklagten von der Benutzung des Boehlerbaches, 2. soweit sie auf Untersagung der Bewässerung des östlich von dem Bendahler Weg gelegenen Grundstückes der Verklagten (B des Planes zur Ortsbesichtigung vom 14. Juli 1871) überhaupt, sowie auf Untersagung der Bewässerung desselben von dem Punkte h i des erwähnten Planes aus, 3. soweit sie auf Untersagung der Benutzung des fraglichen Wassers zu gewerblichen Anlagen überhaupt, gerichtet ist, als unbegründet ab;

Digitized by Google

Läßt sodann unter Verwerfung der verklagtischerseits erhobenen Incompetenz-Einrede vor weiterer Entscheidung den Kläger zu folgenden Beweisen zu u. s. w. (folgen nun die Artikulationen des Klägers über den übermäßigen Verbrauch des Wassers und dessen Verunreinigung und Verderb Seitens der Verklagten.)

III. Senat. Sitzung vom 27. Juni 1873.

Advokaten: Schilling — Bessel.

Privilegium der Miterben. — Inscription. — Notar. — Verantwortlichkeit.

Das Privilegium der Miterben — Art. 2103 Nr. 3 und Art. 2109 des B. G.-B. — in Ansehung des Kaufpreises von Immobilien, welche zum Zwecke der Theilung an einen Miterben verkauft worden, bedarf zu seiner Conservirung einer Inscription in 60 Tagen vom Tage des Kaufaktes und nicht von dem der Schlußtheilung angerechnet.

Der Notar, welcher den Kaufakt aufgenommen, ist ohne besonderen Auftrag zur Bewirkung einer solchen Inscription nicht verpflichtet.

Rost — Grünewald — Kaufmann und Söhne und Cons. — Dick.

Urtheil:

J. E., zur Berufung gegenüber Kaufmann u. Söhne und Eulenberg, daß der Akt vom 21. Dezember 1864, wodurch dem Karl Grünewald von Seiten seiner Miterben das Gut Wolfshoven für 28,000 Thlr. verkauft worden ist, nur als ein in die Form eines Kaufgeschäftes gekleideter Theilungsakt aufgefaßt werden kann (cfr. Art. 888 des B. G.-B.), da die Contrahenten darin selbst erklären, daß sie das erwähnte Gut von ihren Eltern ererbt und als einen Bestandtheil des elterlichen Nachlasses bisher noch in ungetheilter Gemeinschaft besessen haben und es nunmehr **theilungshalber** dem Karl Grünewald verkauften und übertrugen, und da in Folge dessen die bisherige Gemeinschaft bezüglich des fraglichen Gutes aufhörte und dasselbe gemäß Art. 883 auf Karl Grünewald so

Digitized by Google

überging, als hätte er es allein und unmittelbar von seinen Eltern ererbt; daß auch der Umstand, daß der ganze Kaufpreis ohne Compensation in die elterliche Erbmasse oder an die im Theilungsrezesse darauf angewiesenen Erben bezahlt werden sollte, zu einer andern Auffassung des Aktes nicht führen kann, da er an der gewollten und bewirkten Aufhebung der Indivision des fraglichen Gutes nichts ändert, vielmehr den eigentlichen Charakter des Geschäftes als eines Theilungsgeschäftes nur noch bestätigt; daß nun aber das den Miterben im Art. 2103 Nr. 3 gewährte Privilegium nach Art. 2109 zu seiner Conservirung innerhalb 60 Tagen nach dem Datum des fr. Aktes hätte inscribirt werden müssen, da die Behauptung der Appellanten, daß diese Frist erst von dem die eigentliche Auseinandersetzung unter den Erben bewirkenden Theilungsrezesse zu laufen beginne, weder dem Sinne noch dem Wortlaute des citirten Artikels entspricht indem gerade der Umstand, daß er die Frist mit dem Akte der Theilung **oder der Lizitation** beginnen läßt, unwiderleglich dafür spricht, daß das Wort Theilung hier nicht in dem weitern Sinne zu nehmen ist, daß man darunter den die ganze Erbmasse unter den Erben auseinandersetzenden Rezeß zu verstehen hätte, sondern in dem engern Sinne, wonach damit jeder Akt gemeint ist, welcher der Gemeinschaft der zur Masse gehörigen Objecte ganz oder theilweise ein Ende macht; daß auch die Bestimmung des Art. 21 des Gesetzes vom 18. April 1855, welcher nur für Theilungen, woran Minderjährige betheiligt sind, gegeben ist, untergebens keine Anwendung finden kann, da bei der Aufnahme des fraglichen Aktes alle Parteien großjährig waren, und der Tod der Ehefrau Rost, wodurch deren minderjährige Kinder in die Sache gekommen sind, erst nach Ablauf der vorerwähnten 60 Tage, also nach Erlöschung des Privilegiums erfolgt ist; daß hiernach diese Berufung der Begründung entbehrt;

J. E., zur Berufung wider Dick, daß die Appellanten die Verpflichtung des Notars Dick zur Bewirkung der fraglichen Inscription nicht auf ein ausdrückliches, sondern auf ein stillschweigendes Mandat stützen, was sie theils aus den allgemeinen Vorschriften über das Notariat theils aus seiner Stellung als Geschäftsführer der Familie Grünewald theils aus dem allgemeinen Gebrauch herzuleiten suchen; daß nun aber zunächst eine positive Bestimmung, welche eine solche Verpflichtung dem Notar auflegt, nicht existirt, vielmehr aus dem §. 1. der

Digitized by Google

Notariats-Ordnung, wonach die Notarien den Beruf haben, schriftliche Verhandlungen jeder Art auf Verlangen der Betheiligten aufzunehmen, hervorgeht, daß dieselben zu jedem selbstständigem Geschäfte ihre Thätigkeit nur auf Requisition der Betheiligten auszuüben haben, so daß, da die Inscription eines Privilegiums oder einer Hypothek, wie die Tax-Ordnung ergibt, ein von der Aufnahme des Aktes, woraus sie hervorgehen, verschiedenes selbstständiges Geschäft bildet, es auch zu ihrer Bewirkung einer besonderen Requisition bedarf; daß er auch keineswegs verpflichtet war, die Contrahenten über die Natur des fraglichen Aktes und die Nothwendigkeit der Inscription in Gemäßheit der §§. 16 und 17 der Notariats-Ordnung zu belehren, da die Belehrung, wovon diese Paragraphen sprechen auf ganz bestimmte Fälle und in diesen Fällen lediglich auf die Natur und Tragweite des betreffenden Aktes beschränkt ist und daher auf andere Fälle und auf weitere, außerhalb des Aktes liegende Schritte und Vorsichtsmaßregeln, welche zur besseren Sicherung und Vollziehung desselben dienen können, nicht ausgedehnt werden kann; daß eine solche Verpflichtung auch nicht aus der Stellung des Notars Dick als Geschäftsführers der Familie Grünewald gefolgert werden kann, da die mannigfachen Geschäfte, die er nach den von den Appellanten vorgelegten Scripturen für die Familie vor dem Tode der Mutter besorgte, nirgend den Charakter einer allgemeinen Geschäftsführung an sich tragen, vielmehr nur solche sind, zu deren Uebernahme er speziel requirirt worden ist, dies auch von den nach dem Tode der Mutter aufgenommenen, die Erbmasse betreffenden Akten gilt, so daß von einer Verwaltung der Nachlaßmasse um so weniger bei ihm die Rede sein kann, als sich aus den gedachten Scripturen und insbesondere aus dem Rezeß vom 7. Juli 1869 auf das Evidenteste ergibt, daß mit der Verwaltung der Masse und mit der Einziehung der Gelder lediglich der Bernhard Grünewald betraut gewesen ist;

Daß diese Verpflichtung sich ebensowenig durch einen allgemeinen Gebrauch begründen läßt, da das Urtheil des Hofes in Sachen Wollseifen gegen Jansenius,*) worauf sich die

*) Die Motive dieses Urtheils des III. Senats vom 1. April 1870 lauten:

J. E., daß, da notorisch im Bezirke des Appellations-Gerichts-Hofes der allgemeine Gebrauch besteht, daß die instrumentirenden Notarien nach Aufnahme von Schuld- und Pfandverschreibungen auch

Digitized by Google

Appellanten dieserhalb beziehen, diesen Gebrauch lediglich für den Fall der Inscription einer Schuld- und Pfandverschreibung constatirt hat, worin ein solcher Gebrauch sich durch die herrschende Anschauung erklärt, daß die Besorgung der Inscription der gestellten Hypothek gewissermaßen zur nothwendigen Ergänzung des Aktes selbst gehöre, während bei Theilungen und Uebertragungen der Miterben untereinander der wesentliche Zweck in der Auseinandersetzung besteht, und die Frage der wechselseitigen Sicherheit von der Individualität des Falles und den persönlichen Verhältnissen der Miterben abhängt; daß nun aber im vorliegenden Falle, wenn man berücksichtigt, daß Karl Grünewald einen dem Kaufpreise fast gleichen Antheil aus der Masse zu beziehen hatte und auch davon abgesehen in den günstigsten Vermögensverhältnissen stand, die Annahme, daß man denselben nicht durch Eintragung des Privilegiums in der freien Disposition über das gekaufte Gut stören wollte, um so berechtigter erscheint, als weder Karl Grünewald noch die Verkäufer dem Notar innerhalb der erwähnten Frist einen Auftrag zur Ertheilung einer für die Bewirkung der Eintragung unentbehrlichen Ausfertigung des Aktes gegeben haben, auch in den Klauseln des Aktes selbst keine Bestimmung enthalten ist, woraus eine stillschweigende Ermächtigung zur Ertheilung einer solchen Ausfertigung gefolgert werden kann;

Daß auch aus dem Umstande, daß Appellat nach Aufnahme des Theilungsrezesses vom 7. Juli 1869 die Inscription auf Grund desselben und des Aktes vom 21. Dezember 1864 bewirkt hat, ein Anerkenntniß seiner Verpflichtung zur Bewirkung derselben im Allgemeinen nicht gefolgert werden kann, zumal derselbe behauptet, von den Interessenten dazu speziell requirirt worden zu sein;

---

ohne ausdrücklichen Auftrag des Gläubigers für diesen die Eintragung der Hypothek besorgen, im vorliegenden Falle die Vermuthung dafür spricht, daß auch der Appellat diese Besorgung stillschweigend übernommen habe;

J. E., daß, wenn der Appellat demgegenüber behauptet, er habe den Auftrag zur Eintragung der Hypothek nur unter der Bedingung übernommen, daß ihm zuvor die Angabe der Gränznachbaren in den Kataster-Auszügen von Seiten des Gläubigers beigebracht würde, er diese Ausnahme von der Regel zu beweisen hat, wobei jedoch der Zeugenbeweis als zulässig angesehen werden muß, da der Kläger vermöge einer Vermuthung der Beweislast enthoben wird; u. s. w.

Digitized by Google

Daß endlich auch die Verantwortlichkeit, welche die Appellanten aus einer dem Appellaten vorgeworfenen Verschleppung des Theilungsrezesses herleiten zu können glauben, mit der hier in Frage stehenden Verantwortlichkeit nichts gemein hat;

Daß nach dem Ausgeführten weder auf den von den Appellanten erbotenen Erfüllungseid noch auf den eventuell dem Appellaten angetragenen deziforischen Eid zu erkennen ist, da auch die in letzterm enthaltenen beiden Schlußsätze um deswillen unerheblich sind, weil selbst, wenn die betreffenden Thatsachen wahr sein sollten, daraus ein Schaden für die Appellanten nicht entstanden wäre, da die gesetzliche Hypothek der minderjährigen Grünewald mit der innerhalb der erwähnten 60tägigen Frist eingetretenen Vormundschaft ihres Vaters und nicht erst durch die spätere Eintragung existent geworden ist;

Daß hiernach auch dieser Theil der Berufung ungerechtfertigt erscheint;

Aus diesen Gründen

verwirft der Hof die wider das Urtheil des Königl. Land-Gerichts zu Aachen vom 4. Dezember 1872 eingelegte Berufung sowohl in der Haupt- als in der Adzitationssache und verurtheilt die Appellanten in die Succumbenzstrafe und in die Kosten.

I. Senat. Sitzung vom 1. Juli 1873.

Advokaten: Herbertz — Rieth — Welter.
Esser I jr. — Nacken.

Subhastation. — Schuldner. — Drittbesitzer.

Der Hypothekargläubiger, welcher dem A. als Hauptschuldner einen Zahlungsbefehl auf Subhastation und dem B. als Drittbesitzer eine Aufforderung zu zahlen oder die verpfändeten Grundstücke zum Zwecke der Subhastation abzutreten, hat zustellen lassen, kann rechtsgültig einer gegen B. allein als Schuldner und Besitzer bereits verfügten Beschlagnahme derselben Grundstücke sich anschließen (§. 7 der Subhastations-Ordnung) und, falls der Extrahent im Lizitationstermine zurücktritt, die Fortsetzung der Lizitation verlangen. (§. 17 der Subhastations-Ordnung).

Digitized by Google

Meurer — Square — Aktien-Gesellschaft Phönix.

Die Handlung W. Meurer in Köln leitete auf Grund eines freiwilligen Urtheils gegen die zu London domizilirte Aktiengesellschaft Phönix bezüglich vier derselben von dem Rentner Square in Bonn übertragenen Gruben das Subhastations-Verfahren ein, in welchem der Lizitations-Termin auf den 17. Januar 1873 bestimmt wurde. Diesem Verfahren schloß sich die in Köln domizilirte Meurer'sche Berg- und Hüttengewerkschaft auf Grund eines zweiten freiwilligen Urtheils wider die Gesellschaft Phönix an. Auf die Klage von Square wurde der am 28. Oktober 1870 über den Uebertrag der gedachten Gruben an die Gesellschaft Phönix gethätigte Vertrag durch Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Köln für aufgelöst erklärt.

Dieses Urtheil ist aber demnächst durch Erkenntniß des Appellations-Gerichtshofes vom 20. Juni 1873 reformirt, und die Resiliationsklage des Square abgewiesen worden. Inzwischen hatte die Meurer'sche Gewerkschaft auf Grund zweier zwischen ihr und Square am 4. Juni und 15. Oktober 1870 über die fraglichen Gruben abgeschlossenen Verträge am 6. Dezember 1872 dem Square als Hauptschuldner einen Zahlungsbefehl und am 7. Dezember 1872 der Gesellschaft Phönix als Drittbesitzerin ein Commandement de payer ou de délaisser zustellen lassen, und am 8. Januar 1873 auf Grund des §. 7. der Subhastations-Ordnung eine Anschlußbeschlagnahme der bereits zur Subhastation anstehenden vier Gruben erwirkt. In dem Lizitations-Termine vom 17. Januar 1873 erklärte darauf der Mandatar von W. Meurer und der Meurer'schen Gewerkschaft, daß er von der ersten Subhastation und der ersten Anschlußbeschlagnahme gegen die Gesellschaft Phönix als Schuldnerin und Besitzerin der Gruben Abstand nehme, dagegen für die Meurer'sche Gewerkschaft auf Grund der Anschlußbeschlagnahme vom 8. Januar 1873 sowie der §§. 7 und 17 der Subhastations-Ordnung auf die Versteigerung antrage. Square widersetzte sich dem, weil die verschiedenen Verfahren nicht gegen eine und die nämliche Person gerichtet seien, die Voraussetzung der §§. 7 und 17 der Subhastations-Ordnung daher nicht zuträfe. Des Einspruchs ungeachtet wurden die Gruben versteigert und der Meurer'schen Gewerkschaft zugeschlagen. Zur Entscheidung über den Einspruch wurden die Parteien vor das Landgericht in Köln verwiesen, welches durch Urtheil vom

Digitized by Google

8. März 1873 denselben als begründet angenommen und das Verfahren vernichtet hat.

Auf die von der Meurer'schen Gewerkschaft eingelegte Berufung erkannte der Hof reformatorisch durch folgendes

Urtheil:

J. E., daß die von der Handels-Gesellschaft Wilhelm Meurer bezüglich der hier in Frage stehenden Bergwerke eingeleitete im Lizitations-Termine fallengelassene Subhastation gegen die zu London domizilirte Aktien-Gesellschaft Phönix als Schuldnerin und Besitzerin, hingegen die von der Meurer'schen Berg- und Hüttengewerkschaft eingeleitete und nach vorher geschehener Beschlagnahme in dem erwähnten Lizitations-Termine aufgegriffene und durchgeführte Subhastation gegen den heutigen Appellaten Square als Schuldner und die Aktien-Gesellschaft Phönix als Drittbesitzerin gerichtet ist, demnach beide denselben Subhastaten haben, indem es zufolge Art. 2169 des B. G.-B., den §§. 8, 9, 10, 34 und 35 der Subhastations-Ordnung und feststehender Jurisprudenz nicht zweifelhaft, daß, wo Schuldner und Besitzer nicht dieselbe Person sind, der Besitzer und nicht der Schuldner als der Subhastat anzusehen ist; *)

Daß daher kein Grund abzusehen, weßhalb untergebens die §§. 7 und 17 der Subhastations-Ordnung nicht anwendbar sein sollten, um so mehr als dieselben keineswegs die Identität des Schuldners sondern zweckentsprechend nur jene der Immobilien verlangen;

Daß auch aus §. 12 Nro. 1 kein Grund dagegen hergeleitet werden kann, indem dort unter dem Schuldner nur der Subhastat zu verstehen ist, als solcher aber untergebens in dem Subhastations-Patente die Aktien-Gesellschaft Phönix für beide Fälle richtig bezeichnet war;

Daß ebenwenig der von dem Appellaten angeführte Grund, daß, da ihm von dem ersteingeleiteten Verfahren gar keine Kenntniß gegeben worden, bei dem zweiten Verfahren die gesetzlich vorgeschriebenen Fristen zwischen Beschlagnahme und Lizitations-Termin ihm dadurch nicht belassen worden seien, daß Appellant den Lizitations-Termin der früheren Subhastation für seine eigene Subhastation geltend gemacht habe, hier zu-

*) Vergl. Archiv Bd. 9. I. S. 18, Bd. 15. I. S. 201, Bd. 18. I. S. 184, B. 29 I. S. 186, Bd. 52. I. S. 118.

Digitized by Google

treffend erscheint, indem, wenn wie hier der Fall des §. 17 daselbst vorliegt, das Verfahren selbstredend in der Lage aufzugreifen und fortzuführen ist, worin es sich befindet, und von anderen Fristen keine Rede sein kann, zudem aber die von dem Gesetze bei der Subhastation statuirten Fristen insbesondere die hier fraglichen, wie dieses der Zweck und die Vorschriften dieses Verfahrens ergeben, nicht zu Gunsten des Schuldners, etwa um demselben noch eine Zahlungsfrist zu bewilligen, sondern zu Gunsten des Besitzers, damit demselben Zeit und Gelegenheit geboten werde, durch Herbeischaffung des Geldes die Immobilien für sich zu conserviren, statuirt sind, Appellat Square aber nur Schuldner und nicht Besitzer ist, auf jene Fristen also kein Recht hat, wie dieses eben der Art. 2169 des B. G.-B. und die Bestimmungen der Subhastations-Ordnung deutlich zeigen, indem nach dem in dem genannten Artikel vorgeschriebenen Zahlbefehle das Subhastations-Verfahren auf den Schuldner weiter keine Rücksicht nimmt, sondern allein gegen den Besitzer gerichtet wird; der Drittbesitzer und Subhastat untergebens aber keine Einrede gegen das Verfahren und dessen Gültigkeit erhoben hat, wie dieses sein heutiger Antrag ausdrücklich noch dokumentirt;

Daß daher unter Reformation des Urtheils die Opposition gegen die Subhastation zu verwerfen ist;

Aus diesen Gründen

verwirft der Appellations-Gerichts-Hof unter Reformation des Urtheils des Königl. Landgerichts zu Köln vom 8. März 1873 den zu dem Lizitations-Protokolle des Königl. Friedensgerichts zu Bensberg vom 17. Januar 1873 seitens des Appellaten Square erhobenen Einspruch, legt dem Appellaten Square die Kosten beider Instanzen zur Last und verordnet die Rückgabe der Strafgelder.

III. Senat. Sitzung vom 4. Juli 1873.

Advokaten: Esser I. jr. — Bessel — Buyx.

Subhastation. — Einspruch. — Berufung.

Die Berufung von einem Urtheil des Landgerichts, welches über die gegen ein Subhastations-Verfahren erhobenen Einsprüche erkannt hat, ist

Digitized by Google

unannehmbar, wenn sie nicht binnen der 14 tägigen Frist des §. 31 der Subhastations-Ordnung sämmtlichen Parteien gegenüber eingelegt ist.*)

I. Fall.

Karcher — Heintz.

J. E., daß nach §. 31 der Subhastations-Ordnung die Berufung wider ein Urtheil, welches über die gegen ein Subhastations-Verfahren erhobenen Einsprüche erkennt, bei Verlust derselben in 14 Tagen vom Tage der an die Partei gemachten Insinuation des Urtheils eingelegt werden muß;

Daß dieser Bestimmung nur die Auslegung zu geben ist, daß die für die Berufung gegebene 14tägige Frist mit dem Tage der Insinuation des Urtheils sämmtlichen Parteien gegenüber, welchen die Berufung zugestellt werden muß, zu laufen beginnt;

Daß diese Frist auch nicht schon gewahrt erachtet werden kann, wenn in derselben nur Einer jener Parteien die Berufung zugestellt ist;

Daß vielmehr bei der Untheilbarkeit der Instanz anzunehmen ist, daß die Berufung in dieser Frist sämmtlichen Parteien zugestellt werden muß, wie es §. 30 der Subhastations-Ordnung für die Vorladung vor das Landgericht in der dafür bestimmten Frist ausdrücklich vorgeschrieben hat;

Daß demnach die von den Eheleuten Karcher wider das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Saarbrücken vom 4. April v. J. erhobene Berufung wegen Verspätung für unannehmbar zu erachten ist, da dieselbe den Appellaten Heintz und Welsch zwar bereits am 26. Juni resp. 3 Juli, dagegen dem Appellaten Schmidt erst am 14. Dezember v. J. zugestellt wurde, nachdem das angegriffene Urtheil den Appellanten Karcher schon am 5. Juli v. J. insinuirt war;

III. Senat. Sitzung vom 1. Februar 1873.

Advokaten: Herbertz — Bessel.

---

*) In gleichem Sinne entschieden im Rhein. Archiv Bd. 41. I. S. 228, Bd. 44. I. S. 15, Bd. 45. I. S. 51, vergl. auch Bd. 52. I. S. 175.

Digitized by Google

III. Fall.

Jungen — Rive.

J. E., daß, nachdem nunmehr Karl Rive (Ansteigerer) wie auch Gottfried Rive (Extrahent) die Einrede erhoben haben, daß die Berufung gegen den ersteren nach Maßgabe des §. 31 der Subhastations-Ordnung nicht rechtzeitig eingelegt worden sei, in die Frage einzugehen ist, ob im Sinne des gedachten Paragraphen die von einer der Parteien gemachte Insinuation des Urtheils den Lauf der Berufungsfrist zu Gunsten aller übrigen Parteien bewirke;

Daß zwar eine solche Abweichung von den allgemeinen Prozeßregeln für die Berufung im Subhastations-Prozesse nicht daraus gefolgert werden kann, daß für den Einspruch an das Landgericht im betreffenden Falle vorgeschrieben ist, daß alle Parteien innerhalb der Frist von 14 Tagen geladen werden müssen;

Daß auch eine Untheilbarkeit in so weit sie hier an sich und ohne Unterstellung einer besondern Prozeßvorschrift als vorhanden anzuerkennen ist, nur die Nothwendigkeit nach sich zieht, daß, nachdem die Berufung einer Partei gegenüber rechtzeitig eingelegt worden, alle übrigen Parteien bevor in zweiter Instanz entschieden werden kann, in dieselbe gezogen werden müssen, was über Prozeßformen und Fristen nicht präjudizirt;

Daß auch der §. 31 der Subhastations-Ordnung in den Worten: nach der Insinuation an die Partei, mit Klarheit nicht ausspricht, daß die Insinuation an die Partei, welche von Seiten einer der Gegenparteien geschehen ist, auch im Verhältniß und zu Gunsten der übrigen Parteien gelte;

Daß indessen bei Abfassung der Subhastations-Ordnung ersichtlich der §. 31 den Artikeln 723, 730, 734 des Titels des Code de procédure über die Incidente bei der saisie immobilière, sowie dem Art. 763 der B. Pr.-O. nachgebildet ist, welche Artikel schon damals von den Schriftstellern und in fester Rechtsprechung mit Rücksicht auf den von dem Gesetze hier besonders verfolgten Zweck der Beschleunigung und Vereinfachung der Prozedur dahin verstanden und gehandhabt wurden, daß hier die von einer betreibenden Partei bewirkte Zustellung des Urtheils insoweit als Betrieb für die übrigen Parteien gelten, und die Berufungsfrist zu Gunsten der übrigen Parteien

Digitized by Google

in Lauf setzen solle, so daß auch diesen, und im Expropriations-Verfahren jedenfalls auch dem Ansteigerer, innerhalb der nämlichen Frist die Berufung zugestellt werden müsse;

Daß bei Auslegung des §. 31 der Subhastations-Ordnung der gleiche Ausdruck in dem nämlichen Sinne aufzufassen ist, welchen er in der durch jenen Paragraphen reproduzirten Besonderheit des Verfahrens hatte;

Daß hiermit auch wiederholte über diese Frage ergangene Entscheidungen des Appellations-Gerichts-Hofes übereinstimmen;

Daß diesemnach im vorliegenden Falle die Berufung wider das Urtheil des Landgerichts zu Trier vom 7. Dezember 1872, weil sie nach der durch den Extrahenten Gottfried Rive am 21. Januar 1873 bewirkten Insinuation jenes Urtheils an die Appellanten nicht auch gegen den Ansteigerer Gottfried Rive innerhalb 14 Tagen eingelegt worden ist, sich als überhaupt unannehmbar herausstellt.

I. Senat. Sitzung vom 16. Juli 1873.

Advokaten: Ehrhardt — Nacken.

Alignement. — Entschädigungspflicht. — Erbreiterung einer Staatsstraße, die zugleich dem städtischen Verkehr dient. — Beschränkung des Eigenthums. — Reglement. Art. 544 des B. G.-B.

Für das zur Erbreiterung einer Staatsstraße den angränzenden Eigenthümern entzogene Terrain hat der Staat, wenn er jene selbstständig vorgenommen, als Eigenthümer der Straße Entschädigung zu leisten, ohne Rücksicht darauf, daß die Erbreiterung einer städtischen Gemeinde zu besonderem Vortheile gereicht.*)

Die im Art. 5 des Präfektural-Beschlusses für das Roer-Departement vom 29. Nivose XI. und Art. 2 des Beschlusses vom 3. Messidor XIII. gegebene Vorschrift bezüglich des Bauens an Landstraßen enthält keine Eigenthumsbeschränkung durch Reglement im Sinne des Art. 544 des B. G.-B.**)

*) Vergl. Archiv. Bd. 63. I. 34.

**) Vergl. Archiv. Bd. 61. I. 243.

Digitized by Google

Königl. Regierung zu Aachen — Wittwe Hammers.

Urtheil:

J. E. zur Hauptberufung, daß Appellatin von der Appellantin Entschädigung dafür verlangt, daß sie bei Errichtung eines Wohnhauses an dem sogenannten Adalberts-Steinwege vor Aachen gemäß der von dem Königl. Polizei-Präsidenten und Landrathe zu Aachen am 11. Juni 1870 ertheilten Bauerlaubniß die Façade des Hauses in das von der Königl. Regierung festgestellte Alignement habe einrücken müssen, und ihr dadurch von ihrem Grundeigenthum ein Streifen von 26 Quadrat-Metern entzogen worden;

Daß Appellantin den Anspruch der Appellatin auf Entschädigung an sich nicht bestreitet, jedoch vor Allem behauptet, daß nicht sie, sondern die Stadt Aachen dieselbe zu leisten habe;

J. E., daß anerkanntermaßen die gedachte Straße einen Theil der von Aachen nach Trier führenden Staatsstraße bildet, und das von der Appellatin abgetretene Terrain in diese Straße gezogen worden;

Daß letzteres also unbestreitbar einen integrirenden Theil der Straße bildet und als solcher in das Eigenthum des Staates übergegangen ist, wenngleich derselbe, wie die der Appellatin mit der Bauerlaubniß aufgegebene Anlage eines Trottoirs von Hausteinen anzeigt, als Fußsteig zu dienen bestimmt ist;

Daß hiernach aber die Vermuthung dafür streitet, daß die Königl. Regierung die fragliche Alignementsbestimmung nur in Vertretung des Staates, als Trägers des öffentlichen Eigenthums an der gedachten Straße, erlassen hat;

J. E. daß, wenn jene bei der durch das Alignement bewirkten Erbreiterung der Straße insbesondere auch deren künftige Bestimmung, dem städtischen Verkehre zu dienen, im Auge gehabt haben mag, und diese Erbreiterung auch wirklich der Stadtgemeinde Aachen zum Vortheil gereicht, dieser Umstand doch unzweifelhaft an der rechtlichen Stellung des Staates als des expropriirenden Theiles nichts zu ändern vermag, und zwar um soweniger als von einer bei Feststellung des Alignements etwa ergangenen Erklärung der Königl. Regierung, daß die Erbreiterung der Straße nicht mit Rücksicht auf deren Bestimmung als Landstraße, sondern einzig im städtischen Interesse im Aufsichtswege verfügt werde, nichts constirt, wohl aber aus den von der Appellatin vorgelegten Prozeßakten in Sachen der

Digitized by Google

Königl Regierung gegen Birrekoven zu entnehmen ist, daß die Stadt Aachen der Königl. Regierung gegenüber die fragliche Alignements-Bestimmung für eine ihr fremde Angelegenheit erklärt, und die Stadtverordneten-Versammlung am 9. Januar 1866 eine Beschlußfassung über dieselbe ausdrücklich abgelehnt, und sich auf die Abgabe einer gutachtlichen Aeußerung gemäß §. 34 der Städte-Ordnung beschränkt hat;

Daß hiernach der erste Richter mit Recht die Appellantin zur Leistung der der Appellatin gebührenden Entschädigung für verpflichtet erklärt hat;

J. E. zur Inzidentberufung,

Daß die im Art. 5 des Präfektural-Beschlusses für das Roer-Departement vom 29. Nivose XI. und Art. 2 des Beschlusses vom 3. Messidor XIII. gegebene Vorschrift, wonach jede Errichtung von Bauten oder sonstiger dort bezeichneten Anlagen auf den an die Landstraßen anstoßenden Grundstücken innerhalb der Entfernung von 2 bezüglich 6 Metern ohne vorgängige Einholung der Erlaubniß und Alignements-Bestimmung des Präfekten verboten sein soll, keineswegs, wie der erste Richter angenommen, als eine gesetzliche Beschränkung des Eigenthumsrechts an solchen Grundstücken im Sinne des Art. 544 des B. G.-B. aufgefaßt werden kann, wegen welcher ein Anspruch auf Entschädigung nicht besteht;

Daß nämlich die gedachte Bestimmung, wie sich schon aus deren Wortlaute ergibt, ein die betreffenden Grundstücke belastendes allgemeines Bauverbot nicht enthält, vielmehr das Bauen innerhalb der angegebenen Entfernung nur von der Erlaubniß und Alignements-Bezeichnung des Präfekten abhängig macht, und dieselbe sich hiernach nur als eine an die allgemeine Gesetzgebung über das Alignement insbesondere an das Decret vom 7. und 14. Oktober 1790 sich anschließende spezielle Verordnung betreff des Alignements darstellt;

J. E. daß nach allen dem die der Appellatin gebührende Entschädigung nach dem vollen Werthe des ihr entzogenen Terrain-Streifens gemäß den Bestimmungen des XI. Titels des Gesetzes vom 16. September 1807 zu bemessen ist, und demgemäß das angegriffene Urtheil bezüglich der den Sachverständigen gestellten Aufgabe der Abänderung unterliegt;

Aus diesen Gründen

verwirft der Hof die wider das Urtheil des Königl. Landgerichts

Digitized by Google

zu Aachen vom 16. Mai 1872 eingelegte Hauptberufung als unbegründet, reformirt jedoch auf die Inzidentberufung dieses Urtheil insofern, als es den Sachverständigen aufgegeben hat, bei Feststellung der der Appellatin gebührenden Entschädigung Rücksicht darauf zu nehmen, daß der in das Alignement fallende Streifen überhaupt nicht bebaut und innerhalb zweier Fuß von der Staatsstraße ab nicht beackert werden dürfe, und erkennt statt dessen, daß dieser Theil des Urtheils-Dispositivs wegfalle, legt der Appellantin die Kosten dieser Instanz zur Last.

I. Senat. Sitzung vom 14. Juli 1873.

Advokaten: Nacken — Herbertz.

Vereinigung zu einem Lieferungsgeschäfte. — Ort des Vertragsabschlusses. — Ort der Lieferung der Waare. — Competenz. Art. 420 alinea 2 u. 3 der B. Pr.-O.

Bei einer Vereinigung zur Lieferung von Waaren für gemeinschaftliche Rechnung (Art. 266 u. flgde. H.-G.-B.) bildet, was das Verhältniß der Theilnehmer unter sich und insbesondere die Competenz für die Klage auf Auseinandersetzung betrifft, weder der Ort, wo die Uebernahme der Lieferung erfolgt, als solcher den Ort des Vertragsabschlusses, noch der Ort, wo die Lieferung effektuirt wird, den Erfüllungsort, noch der Ort, wo der Dritte Zahlung zu leisten hat, den Zahlungsort im Sinne des Art. 420 alinea 2 und 3 der B. Pr.-O.

Simons — Salomon.

Urtheil.

In E., daß zur Zeit der Erhebung der Klage keine der Parteien im Bezirke des Königl. Handelsgerichts zu Koblenz ihr Domizil hatte, und daher der Appellantin der Beweis obliegt, daß die Competenz des gedachten Gerichts begründet sei;

Daß sich die Appellantin nun in dieser Beziehung zunächst auf die Bestimmung des Art. 420 alinea 2 der Prozeßordnung bezieht, indem sie aufstellt, daß der der Klage zu Grunde liegende Vertrag nicht nur in Koblenz abgeschlossen worden sei, sondern auch daselbst die Lieferung der Waaren stattgehabt habe;

Digitized by Google

J. E., daß es sich nach dem Inhalt der Klage von der Auseinandersetzung einer stattgehabten Vereinigung zu einem einzelnen Handelsgeschäfte für gemeinschaftliche Rechnung, nämlich der Lieferung von 3000 Centner Hafer an das Königl. Central-Magazin in Koblenz handelt;

Daß nun zunächst der fragliche Vertrag in dem Augenblicke unter den Parteien als abgeschlossen erachtet werden muß, als sie darüber einig geworden, auf gemeinschaftliche Rechnung die Lieferung von Hafer bei der Intendantur in Koblenz und zwar jeder für seine Person zu übernehmen und die Ablieferung des von ihm übernommenen Quantums zu besorgen, so wie demnächst den sich ergebenden Gewinn zu theilen, und die Aufstellung der Appellantin, daß dieser Abschluß erst durch die Uebernahme der Lieferung selbst zu Stande gekommen, nicht als begründet erachtet werden kann, da diese Uebernahme nur die Ausführung des bereits abgeschlossenen Vertrages darstellt;

Daß aber nach der Deposition des Zeugen Loewenthal jedenfalls nicht als erwiesen erachtet werden kann, daß der Abschluß des Uebereinkommens unter den Parteien selbst, in Koblenz bewirkt worden, da im Gegentheil auf den Grund derselben angenommen werden muß, daß derselbe in Ehrenbreitstein resp. im Bezirke von Ehrenbreitstein Statt gehabt hat;

Daß aber auch das weitere, gleichzeitig erforderliche Moment, daß nämlich die Lieferung der Waare in Koblenz ausgeführt worden, nach Lage der Sache nicht als vorhanden erachtet werden kann, da es sich hier nicht von einer unter den Parteien selbst auf Grund eines Vertrags bewirkten Lieferung, sondern von Lieferungen handelt, die von ihnen auf den Grund ihrer Vereinigung als Gesellschafter an eine dritte Person gemacht worden sind, die, wenn sie auch in Ausführung des Uebereinkommens Statt gehabt haben, doch für die beiden Gesellschafter als solche und in ihrem Verhältnisse zu der gesellschaftlichen Vereinigung, einen Ort der Erfüllung darzustellen nicht geeignet sind;

J. E., daß ferner ebensowenig die weitere Bezugnahme der Appellantin auf das alinea 3 des erwähnten Artikels, die von ihr behauptete Competenz rechtfertigt, da die von der Intendantur, also einem Dritten, für die einzelnen Lieferungen bewirkten Zahlungen, auf den Grund des Vertrages als an beide Gesellschafter gemeinschaftlich gemacht, angesehen werden müssen

Digitized by Google.

und dadurch zwar für die Intendantur als Contrahentin der Gesellschaft gegenüber der Gerichtsstand hätte begründet werden können, daraus aber nicht hergeleitet werden kann, daß der für die Intendantur geltende Zahlungsort auch als Zahlungsort in Beziehung auf den unter den Parteien verabredeten Gesellschafts-Vertrag in Betracht kommen könne;

Daß daher die Entscheidung des ersten Richters als begründet erachtet werden muß;

Daß auch auf die Ableistung des eventuell deferirten Entscheidungseides wegen Unerheblichkeit der artikulirten Thatsachen nicht erkannt werden kann, da, wenn auch durch denselben festgestellt würde, daß der Vertrag in Koblenz abgeschlossen worden, doch daraus allein, daß derselbe in Koblenz durch Lieferungen an die Intendantur ausgeführt worden, in Beziehung auf das unter den Parteien bestandene Vertragsverhältniß, eine unter ihnen bewirkte Ablieferung von Waaren, wie bereits ausgeführt, nicht entnommen werden könnte, und da ferner die Thatsache „daß in Koblenz die Regulirung und insbesondere die Ausbezahlung der wechselseitig etwa zu vergütenden Beträge hat erfolgen sollen" nach ihrer Fassung nicht die allein erheblich gewesene Aufstellung in sich schließt, daß ausdrücklich verabredet worden, daß in Koblenz die Auseinandersetzung und ausgleichende Zahlung Statt haben solle;

Daß daher die Berufung als unbegründet verworfen werden muß;

Aus diesen Gründen

verwirft der Appell.-Ger.-Hof die wider das Urtheil des Königl. Handelsgerichts zu Koblenz vom 7. Juli 1871 eingelegte Berufung und verurtheilt die Appellantin in die Strafe so wie in die Kosten.

III. Senat. Sitzung vom 18. Juli 1873.

Advokaten: Dubelmann — Pheifer.

Berufungsakt. — Zustellung an Ausländer.

Wohnt der Appellat im Auslande, so ist der Berufungsakt nichtig, wenn die Zustellung desselben an den Ober-Prokurator beim Landgerichte und

Digitized by Google

nicht an den General-Prokurator beim Appellations-Gerichtshofe erfolgt.*)

*) Ebenso entschied das Reichs-Ober-Handelsgericht durch Urtheil vom 10. Dezember 1872 (Sammlung Bd. 8, S. 212) unter Vernichtung eines Erkenntnisses des Appellhofes zu Colmar aus folgenden Gründen:

J. E., zum ersten Cassationsmittel, daß aus den Vorschriften, welche im Art. 59—74 Code de proc. über die Form von Vorladungen (ajournements) und über die Art ihrer Zustellung gegeben sind, ebenso wie früher aus den Vorschriften im Art. 2 der Ordonnanz von 1667 nach dem Willen des Gesetzes die allgemeinen Normen für Gerichtsvollzieher-Akte (exploits) zu entnehmen sind;

Daß insbesondere Art. 69 Nro. 9, welcher vorschreibt, wie die Zustellungen an Ausländer zu geschehen haben, und Art. 70, welcher Zuwiderhandlungen mit der Strafe der Nichtigkeit beahndet, bei allen Zustellungen der Gerichtsvollzieher Anwendung finden, (Chauveau de Carré quest. 372—374);

Daß am Wenigsten für die Zustellung von Appellakten ein Zweifel bestehen kann, da Art. 456 Code de proc. verfügt: „l'acte d'appel contiendra assignation etc., also auf Art. 69 cit. welcher bestimmt, wie die Assignation zu geschehen habe, direct hinweist und zugleich die Androhung der Nichtigkeit wiederholt;

J. E., daß in Art. 69 Nro. 9 vorgeschrieben ist, es solle die Assignation von Ausländern im Domizile des am Prozeßgerichte angestellten Staats-Procurators stattfinden, und hieraus folgt, daß im Falle einer Berufung die Zustellung des Appellaktes nicht beim Staats-Prokurator am Gerichte erster Instanz, sondern beim General-Prokurator am Appellations-Gerichte, als dem Gerichte, welches über die eingelegte Berufung zu erkennen hat, zu geschehen hat;

Daß Doctrin und Judikatur einstimmig dies als richtig anerkennen, und ebensowenig Zweifel darüber besteht, daß eine in Zuwiderhandlung gegen dieses Prinzip erfolgte Zustellung nichtig ist;

J. E., daß der Appellrichter die Anwendbarkeit der Art. 69 und 70 cit. auf Appellakte im Allgemeinen nicht bestreitet, jedoch meint, es dürfe in Betreff der Strafe der Nichtigkeit nur eine analoge Anwendung zugelassen werden, namentlich dürfe aus dem Umstande, daß die Zustellung an den Ausländer an einem anderen Orte als dem von dem Gesetze bezeichneten erfolge, eine Nichtigkeit nur in so fern gefolgert werden, als durch die Abweichung von der Vorschrift des Gesetzes der Zweck desselben vereitelt würde;

Daß jedoch diese Ansicht mit den Prinzipien des französischen Prozeßrechts im Widerspruche steht, welches einerseits eine Nichtigkeit nicht anzunehmen gestattet, wenn sie nicht besonders gedroht ist, (Art. 1030), anderseits aber, wo die Nichtigkeit ausdrücklich angedroht ist, rücksichtslose Strenge fordert, und der Frage, ob

Digitized by Google

Schiehl — Woog.

Urtheil:

J. E., daß Vorladungen von Ausländern nach Art. 69 Nro. 9 der B. Pr.-O. der Staats-Anwaltschaft desjenigen Gerichtes, bei welchem die Sache anhängig gemacht werden soll, zugestellt werden müssen;

Daß daher bei Berufungen von Urtheilen der Landgerichte in der preußischen Rheinprovinz die desfallsigen an Ausländer zuzustellenden Akte dem Königl. General-Prokurator bei dem Rheinischen Appellations-Gerichts-Hofe zugestellt werden müssen;

J. E., daß die Nichtbeachtung dieser Vorschrift nach Art. 70 der B. Pr.-O. die Nichtigkeit jener Akte nach sich zieht;

J. E., daß nun Appellat Woog in Bingen im Großherzogthum Hessen seinen Wohnsitz hat, also in Beziehung auf die hier in Frage stehende Bestimmung der Rhein. Pr.-O. als Ausländer zu betrachten ist, die Zustellung des für ihn bestimmten Aktes über die eingelegte Berufung gegen das Urtheil des Königl. Landgerichtes zu Trier vom 10. Juli 1872 demnach bei dem Königl. General-Prokurator zu Köln erfolgen mußte, dieselbe daher, da sie bei dem Königl. Ober-Prokurator zu Trier erfolgte, nach dem erwähnten Art. 70 nichtig ist.

III. Senat. Sitzung vom 4. Juli 1873.

Advokaten: Bessel — Ehrhardt.

---

im einzelnen Falle die Gründe und Zwecke des Gesetzgebers zutreffen, keinen Eingang verstattet (Art. 1029);

Daß daher ein Mittelzustand der Art, wie ihn das Appell-Gericht unterstellt, dem Geiste des Gesetzes widerstrebt und die Anwendung der Art. 69 und 70, wenn sie im Willen des Gesetzes begründet ist, eine vollständige sein muß;

Daß namentlich auch die Folgerungen, welche das Appell-Gericht aus der Einheit des öffentlichen Ministeriums ableitet, nicht richtig erscheinen, da das Gesetz ausdrücklich Zustellung auf dem Parkete des Vertreters des öffentlichen Ministeriums an einem bestimmten Gerichte vorschreibt, eine Zuwiderhandlung gegen diese Vorschrift aber nicht ungeschehen gemacht werden kann durch die Erwägung, daß in Folge der Organisation des öffentlichen Ministeriums auch eine auf einem anderen Parkete erfolgte Zustellung ihren Zweck erreichen würde.

Digitized by Google

Aktien-Gesellschaft. — Erhöhung des Grund-Kapitals. — Aenderung des Gesellschaft-Statuts. — Eintragung in's Handelsregister.

Die dem Vorstand einer Aktien-Gesellschaft ertheilte Ermächtigung, über den Betrag des im Gesellschafts-Vertrage bestimmten Grund-Kapitals hinaus weitere Aktien je nach Bedarf bis zu einer gewissen Summe zu emittiren, widerspricht dem Wesen einer Aktien-Gesellschaft, welches ein bestimmt fixirtes Grund-Kapital erfordert, das durch die Gesammtheit der für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftenden Einlagen repräsentirt wird, ist daher rechtsungültig und kann nicht in das Handels-Register eingetragen und veröffentlicht werden.

Die Vorschriften des Art. 210 a Nro. 1 und 2 des Bundes-Gesetzes vom 11. Juni 1870 über die behufs Eintragung des Gesellschafts-Vertrages einer Aktien-Gesellschaft beizubringenden Bescheinigungen über die Deckung des Grund-Kapitals gelten auch für die Eintragung eines in Gemäßheit des Art. 214 loco cit. bezüglich der Erhöhung des Grund-Kapitals zu Stande gekommenen Beschlusses der General-Versammlung.

Bade- und Kur-Anstalt zu Cleve.

Die Statuten der unter der Firma „Bade- und Kur-Anstalt zu Cleve" bestehenden Aktien-Gesellschaft enthalten bezüglich des Grund-Kapitals in §. 4 folgende Bestimmung:

„Das Grund-Aktien-Kapital der Gesellschaft ist auf die Höhe von 30,000 Thalern bemessen, in auf den Inhaber lautenden Aktien, jede von 100 Thalern.

Dieses Kapital wird durch den Reinertrag der von Sr. Excellenz dem Herrn Minister des Innern unterm 6. August 1869 genehmigten Lotterie von 30,000 Thalern, welcher voraussichtlich auf 12,000 Thaler geschätzt werden kann, erhöht.

Nach Zeichnung des Grund-Aktien-Kapitals von 30,000 Thalern wird die Gesellschaft als gebildet betrachtet.

. . . . . .

. . . . . .

Digitized by Google

Da indessen die Herstellung ein Kapital bis zu 60,000 Thaler erheischen kann, so soll der Vorstand berechtigt und ermächtigt sein, den hieran fehlenden Betrag je nach Bedarf und soweit er nicht durch den etwaigen Mehrbetrag der Lotterie Deckung findet, eventuell auf die ganze Summe, um welche der Ertrag der Lotterie etwa unter den in Aussicht genommenen 12,000 Thalern zurückbleiben möchte, durch weitere Aktien-Emission oder durch eine mit höchstens 5 % zinsbare Anleihe zu beschaffen und zur Sicherheit des Darlehns das zu erwerbende Eigenthum wie auch das ganze Mobilar und Inventar der Gesellschaft zur Hypothek zu stellen."

Am 22. April 1872 beschloß die General-Versammlung unter Anderem folgenden Zusatz zu diesem §. 4:

„Da die Herstellung der Anstalt nach den gefaßten Beschlüssen zur weiteren Ausdehnung der Anstalt und um allen Ansprüchen der gegenwärtigen Zeit zu entsprechen, besonders auch zum Winterbetrieb, voraussichtlich bis 100,000 Thaler erfordern wird, so soll der Vorstand berechtigt und ermächtigt sein, ohne Rücksicht auf den Ertrag der Lotterie, sich den Betrag bis 100,000 Thaler zu beschaffen: durch weitere Aktien-Emission; oder durch höchstens mit 5 % zinsbare Prioritäten oder Anleihe und zur Sicherung derselben das bereits erworbene und noch zu erwerbende Eigenthum, wie auch das ganze Mobilar und Inventar der Gesellschaft zur Hypothek zu stellen; oder auch durch Verbindung mit Geldgeschäften und Beschaffung eines laufenden Credits."

Die Eintragung dieses Beschlusses der General-Versammlung in das Handels-Register zu Cleve wurde bezüglich des Zusatzes zu §. 4 der Statuten vom Sekretariate abgelehnt, und erließ in Uebereinstimmung damit das als Handels-Gericht fungirende Königl. Landgericht zu Cleve durch Rathskammerbeschluß vom 18. Februar 1873 eine Entscheidung dahin, daß dem Beschlusse der General-Versammlung vom 22. April 1872, insoweit derselbe eine Abänderung des §. 4 des Gesellschafts-Statuts zum Gegenstande habe, die Eintragung zu verweigern sei, indem es erwog, daß der Art. 214 des Gesetzes vom 11. Juni 1870 für Abänderungen der Bestimmungen des Gesellschafts-Vertrages die Eintragung in's Handelsregister in gleicher Weise wie für

Digitized by Google

den ursprünglichen Vertrag vorschreibe, und daher Behufs einer solchen Eintragung die Erfordernisse des Art. 210 a Nro. 1 und 2 loc. cit. beigebracht werden müßten, was untergebens nicht geschehen sei; daß falls nach der Fassung des fraglichen Beschlusses eine die Aktionaire bindende Beschlußnahme über die Erhöhung des Grund-Kapitals nicht zu finden sein sollte, dessen Eintragung aus dem Grunde verweigert werden müßte, weil dann zur Zeit in dem Beschlusse eine definitive Abänderung der Höhe des Grund-Kapitals nicht vorliegen würde, sondern hierin nur ein Projekt über dessen dereinstige Erhöhung zu erblicken wäre.

Der Vorstand der Gesellschaft legte dagegen die Berufung an den Appell.-Ger.-Hof ein und beantragte, unter Abänderung des gedachten Beschlusses des Königl. Handelsgerichtes zu Cleve die Eintragung des gedachten Zusatzes zu §. 4 der Statuten in das Handelsregister zu verordnen.

Zur Begründung dieses Antrages wurde angeführt:

Der Beschluß des Handelsgerichts gehe von einer unrichtigen Auffassung des zur Eintragung angemeldeten Zusatzes aus, und verwechsle die für Erhöhung des Grund-Kapitals und deren Veröffentlichung erforderliche Voraussetzung mit den Requisiten einer bloßen Statutänderung. Der in Rede stehende Zusatz enthalte nicht schon eine Erhöhung des Grund-Kapitals sondern dehne nur die in den Statuten dem Vorstand ertheilte Ermächtigung, die Vermehrung der Gesellschaftsmittel bis zu 60,000 Thaler zu betreiben, bis zum Betrage von 100,000 Thaler aus. Hierin liege nicht eine Vermehrung des Grund-Kapitals, sondern nur eine diese Vermehrung vorbereitende Statutänderung. Für eine solche schreibe der Art. 214 des Gesetzes vom 11. Juni 1870 als Bedingung der Gültigkeit die notarielle Beurkundung und Eintragung in's Handelsregister vor. Die letztere könne aber nicht durch die im Art. 210 a Nro. 1 und 2 des Gesetzes vom 11. Juni 1870 erwähnte Bescheinigung bedingt sein, weil der fragliche Zusatz nicht die Erklärung enthalte, daß das statutgemäße Grund-Kapital der Gesellschaft um einen Betrag von 40,000 Thalern vermehrt sei, sondern nur, daß der Vorstand eine solche Vermehrung zu beschaffen suchen solle. Der Beschluß des Handelsgerichts schaffe eine Unmöglichkeit; denn wenn der Art. 214 dem die Statuten ändernden Beschluß jede Wirksamkeit versage, bevor dessen Eintragung in's Handels-Register

Digitized by Google

erfolgt sei, untergebens daher der Vorstand von der ihm ertheilten Ermächtigung vor dieser Eintragung keinen Gebrauch machen, also keine Aktien emittiren oder Anleihen contrahiren dürfe, so könne er unmöglich vor der Anmeldung zur Eintragung schon zur Aktienzeichnung einladen, Zeichnungen entgegennehmen und Einzahlungen empfangen. Anders sei es bei der ersten Gründung einer Gesellschaft; hier nähmen die Gründer vorläufige Zeichnungen entgegen, und bereiteten so den nach Art. 209 a loco cit. zu fassenden Beschluß der General-Versammlung vor; der Vorstand einer bereits constituirten Gesellschaft könne dagegen nur innerhalb seiner statutgemäßen Befugnisse handeln, und um seinen erweiterten Auftrag erfüllen zu können, müsse der ihn autorisirende Beschluß zunächst eingetragen sein. Nur wenn dann die Vermehrung der Gesellschaftsmittel nicht durch Anleihe sondern durch Aktien-Emission erfolge, und so eine wirkliche Erhöhung des Grund-Kapitals eintrete, werde die entsprechende Statutänderung unter Beobachtung der Vorschriften des Art. 210 a Nro. 1 und 2 zur Eintragung anzumelden sein.

Der Appell.-Ger.-Hof erließ hierauf folgenden

Rathskammerbeschluß:

J. E., daß der Zusatz zu dem §. 4 der Statuten, durch welchen der Vorstand berechtigt und ermächtigt sein soll, den voraussichtlich erforderlichen Betrag bis 100,000 Thaler durch weitere Aktien-Emission oder durch Prioritäten oder Anleihe oder durch Verbindung mit Geldgeschäften und laufenden Credit zu beschaffen, ebenso wie der durch diesen Zusatz abgeänderte Satz in §. 4 der Statuten, soweit es die Emission von Aktien betrifft, auf einer das gesetzliche Wesen der Aktien und des Grund-Kapitals einer Aktien-Gesellschaft verkennenden Auffassung beruht, und schon deshalb nicht geeignet ist, als rechtsgültig in das Handelsregister eingetragen zu werden;

Daß es zum Begriff und Wesen der Aktien-Gesellschaft gehört, daß sie ein bestimmt fixirtes Grund-Kapital hat, welches die Gesammtheit der Einlagen darstellt, die für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften;

Daß daher bei jeder Aktien-Gesellschaft zu ihrer Eintragung und Veröffentlichung beim Handelsregister vorausgesetzt wird, daß die Einlagen nach Maßgabe des festgesetzten Grund-Kapitals mindestens gezeichnet seien, indem sonst die Eintragung eine

Digitized by Google

rechtswidrige Täuschung des Publikums in sich schließen würde, welches darauf angewiesen ist, den Credit der Gesellschaft nach dem veröffentlichten Betrag der Gesammtheit der Einlagen zu bemessen;

Daß es sich nach der Natur der Sache bei einer Erhöhung des ursprünglichen Grund-Kapitals einer Aktien-Gesellschaft ganz ebenso verhält;

J. E., daß eine Aktie der Schein ist über die Betheiligung bei der Aktien-Gesellschaft für die entsprechende Quote ihres statutgemäß festgesetzten Grund-Kapitals, keineswegs aber ein für seinen Nominalbetrag gültiges Werthpapier, welches von der Gesellschaft oder ihren Organen zum Zwecke der Beschaffung von Geldmitteln auszustellen und zu veräußern wäre;

Daß mit Allem diesem die fragliche Ermächtigung des Vorstandes, weitere Aktien bis zu 100,000 Thalern zu emittiren, unvereinbar ist, indem dieselbe bei dem Spielraum, welchen die Bestimmung eines bloßen Maximums von 100,000 Thalern sowie die Alternative, das Geld bis zu diesem Belauf auch durch Anlehen u. s. w. aufzubringen, bestehen läßt, keineswegs ein bestimmtes Grund-Kapital im Mehrbetrag von 100,000 Thlr. festsetzt, sondern nur die Möglichkeit zu erkennen gibt, daß in Zukunft je nach den Umständen und nach dem Willen des Vorstandes vor und nach eine Erhöhung bis höchstens zu jenem Betrage werde erfolgen können, und indem die Aktien, welche der Vorstand innerhalb dieses Spielraums zu emittiren ermächtigt sein soll, nicht die Betheiligungsquoten an einem wirklich um 100,000 Thaler erhöhten Grund-Kapital repräsentiren würden;

Daß diesemnach die fragliche Ermächtigung, soweit sie die Aktien-Emission betrifft, an sich keine rechtliche Gültigkeit hat, als unstatthaft daher nicht zu beachten und bei dem Handelsregister nicht einzutragen und zu veröffentlichen ist;

J. E., daß, wenn hiergegen eingewendet ist, es handele sich hier noch nicht üm eine Erhöhung des Grund-Kapitals, sondern blos um die Ermächtigung des Vorstandes zur Entgegennahme von weiteren Aktienzeichnungen, worauf erst künftig die Gesellschaft nach Maßgabe der erfolgten Zeichnungen die Erhöhung zu beschließen haben werde, aber ohne die jetzt verlangte Eintragung der Statutänderung sei es unmöglich dies zu bewerkstelligen, hierin selber der Ungrund des Verlangens einer auf Aktien-Emission lautenden Eintragung und Ver-

Digitized by Google

öffentlichung an den Tag tritt, und übersehen ist, daß die Entgegennahme von Zeichnungen von dem dazu ermächtigten Vorstand ganz ebenso wie bei der Errichtung der Gesellschaft von den Gründern verbindlich vorgenommen werden kann, und ein Beschluß der General-Versammlung, welcher den Vorstand zur Entgegennahme von Zeichnungen ermächtigt, keine Abänderung des Grund-Kapitals und der Statuten darstellt, und einer Eintragung und Veröffentlichung beim Handelsregister nicht bedarf, wogegen das, was man hier verlangt, das Publikum in den Irrthum versetzt, daß die Erhöhung des Grund-Kapitals bereits stattgefunden habe;

J. E., daß schon aus dem bis dahin erörterten Grunde die Berufung hinfällig ist, und es auf die Entscheidung der von dem ersten Richter zunächst behandelten Frage nicht ankommt, ob unter der Voraussetzung, daß das Grund-Kapital der Gesellschaft auf 100,000 Thaler oder auf einen bestimmten andern Betrag erhöht wäre, wovon hier das Gegentheil von dem Vorstande selbst angegeben wird, behufs der Eintragung in's Handelsregister die Erfordernisse des Art. 210 a Nro. 1 und 2 beigebracht werden müßten;

Daß jedoch auch in Betreff dieser Fragen, über welche bei den Gerichten und bei den Schriftstellern Meinungsverschiedenheit besteht, dem ersten Richter zuzustimmen ist;

Daß nämlich das Bundesgesetz vom 11. Juni 1870, als es die staatliche Genehmigung bei den Aktien-Gesellschaften aufhob, an deren Stelle behufs Sicherung der Aktionäre sowie der Gläubiger und dritten Personen Normativbedingungen setzte, zu denen auch die fraglichen Erfordernisse zur Eintragung in's Handelsregister gehören;

Daß sowie früher die Prüfung der Staatsbehörde, wobei die Bescheinigung über die Deckung des Grund-Kapitals erfordert wurde, sowohl bei der Erhöhung des Grund-Kapitals wie bei der ersten Gründung stattfand, und behufs Eintragung die staatliche Genehmigung beigebracht werden mußte, so auch als dem Willen des abändernden Gesetzes vom 11. Juni 1870 entsprechend erklärt werden muß, daß dasselbe an die Stelle der staatlichen Prüfung und Genehmigung tretende Erforderniß zur Eintragung auch bei der Erhöhung des Grund-Kapitals Platz greife;

Digitized by Google

Daß dieser Wille des Gesetzes aus seinem System und aus der Natur der Sache hervorgeht, wenn er auch nicht formell in ausdrücklichen, das Detail verfolgenden Worten ausgesprochen, oder bei Berathung des Gesetzes der Fall der Erhöhung des Grund-Kapitals nicht unmittelbar in's Auge gefaßt worden wäre;

Daß man auch mit dem ersten Richter einen bestätigenden Ausdruck dieses Willens füglich in den Worten des Art. 214, daß die Eintragung in gleicher Weise wie die Eintragung des ursprünglichen Statuts erfolgen soll, finden kann, wogegen die entgegengesetzte Annahme irrationell ist, aus sachlich unzutreffenden Gründen für das jeweilige Grund-Kapital einer bereits bestehenden Gesellschaft und dessen Veröffentlichung eine Verschiedenheit in dem hier fraglichen Punkte von dem ursprünglichen Grund-Kapital statuiren will, und dabei in blos literaler Gesetzesinterpretation auf angebliche formale Fassungsmängel, wie z. B. darauf, daß man beim Zustandekommen des neuen Gesetzes nicht daran gedacht hat, bei Art. 214 zu den im Handels-G.-B. bereits vorhandenen an sich sehr gleichgültigen Allegaten Art. 210, 212 jetzt auch das Allegat Art. 210 a einzuschieben, entscheidendes Gewicht legt, um zu einem Resultat zu gelangen, wodurch die Handgabe gegeben wäre, in jedem einzelnen Falle auch bei der Errichtung der Gesellschaft die ausdrückliche Vorschrift des Art. 210 a und ihren Zweck zu vereiteln;

Aus diesen Gründen

verwirft der Appell.-Ger.-Hof die Berufung wider den Beschluß des als Handelsgericht fungirenden Königl. Landgerichts zu Cleve vom 18. Februar 1873 auf Kosten der appellantischen Gesellschaft.

I. Senat. Rathskammer-Sitzung vom 29. Juli 1873.

Advokat: Lautz.

Ehescheidung. — Verurtheilung zur Zuchthausstrafe. — Peine infamante.

Die nach den Bestimmungen des Deutschen Strafgesetzbuchs erkannte Zuchthausstrafe verbunden mit dem Verluste der bürgerlichen Ehrenrechte ist nicht als eine entehrende Strafe (peine infamante) im Sinne des B. G.-B. zu betrachten,

Digitized by Google

und kann daher keinen Grund zur Ehescheidung gemäß Art. 261 daselbst abgeben.

Schwanenberg — Schwanenberg.

J. E., daß im vorliegenden Fall von Erörterung der Frage, ob die Einlegung der Berufung durch bloße Bittschrift zulässig sei, abgesehen werden kann, indem die Berufung als rechtlich materiell unbegründet verworfen werden muß, und daher hier weder Veranlassung noch für den Ehemann der Bittstellerin ein Interesse dabei ist, daß er zugezogen und gehört werde;

Daß die wiederholten zuchtpolizeilichen Bestrafungen des Mathias Schwanenberg hier nicht in Betracht kommen, indem dieselben weder nach der früheren noch der gegenwärtigen Gesetzgebung zu den infamirenden Strafen gerechnet worden sind, und es sich lediglich darum handelt, ob die am 30. März 1872 durch das Justizamt des Fürstenthums Ratzenburg erfolgte Verurtheilung zu zweijähriger Zuchthausstrafe und Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte auf die Dauer von 3 Jahren als eine peine infamante im Sinne des B. G.-B. aufzufassen ist;

J. E, daß bei der Abfassung des B.G.-B. durch die damals geltende Strafgesetzgebung vom 25. September 1791 und 3. Brumaire IV. als infamirende Strafe nur der mit jeder Verurtheilung wegen eines Verbrechens verbundene gänzliche und lebenslängliche Verlust aller staatsbürgerlichen Rechte eingeführt war, und gerade dieser Charakter der Ehrlosigkeit als einer vollständigen und lebenslänglichen nach den Diskussionen das Motiv zur Einführung dieses Ehescheidungsgrundes gewesen ist;

Daß der Code pénal von 1810 den lebenslänglichen Verlust der bürgerlichen Ehre als nothwendige Folge der auf Verbrechen angedrohten Strafen insbesondere auch der zeitigen Zuchthausstrafe beibehalten, daneben aber als mildere, nicht infamirende Nebenstrafe für Vergehen die zeitige Untersagung gewisser bürgerlichen Ehrenrechte eingeführt hat;

Daß jedoch dieses System, welches auch in das Preußische Strafgesetzbuch von 1851 übergegangen war, bei Abfassung des deutschen Straf-G.-B. völlig verlassen worden ist, indem der Gesetzgeber, wie sich aus den legislatorischen Verhandlungen ergibt, die Zuchthausstrafe nicht als eine entehrende Strafe auffaßte und in Betreff der Wirkungen derselben von der Erwägung ausging, daß die lebenslängliche Ausschließung eines

Digitized by Google

Verurtheilten, welcher im Uebrigen der Freiheit und der bürgerlichen Gesellschaft zurückgegeben sei, von den allen übrigen Mitgliedern der bürgerlichen Gesellschaft zustehenden Rechten eine Art bürgerlichen Todes enthalte, welche mit dem Wesen und dem Zwecke der Strafe unvereinbar sei;

Daß demzufolge das Gesetz mit der zeitigen Zuchthausstrafe nicht mehr den von Rechtswegen und für die ganze Lebenszeit eintretenden Verlust der bürgerlichen Ehre verbunden hat, sondern nur neben der Zuchthausstrafe und neben gewissen andern Strafen in gewissen Fällen eine Verurtheilung zum Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte zu verhängen vorschreibt oder gestattet, welche Strafe im Wesentlichen mit der, wie erwähnt, nicht infamirenden zeitigen Untersagung der bürgerlichen Ehrenrechte in der früheren Gesetzgebung identisch ist;

Daß sonach aus dem letzteren Grunde auch die gegen Schwanenberg ausgesprochene Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte auf Zeit die Berufung nicht rechtfertigen kann;

Daß zwar auch nach dem deutschen Strafgesetzbuche die Zuchthausstrafe die dauernde Unfähigkeit zum Kriegsdienste und zur Bekleidung öffentlicher Aemter zur Folge hat, diese Wirkung aber nach den Verhandlungen mit dem Grundsatze, daß die Zuchthausstrafe keine entehrende sei, nicht im Widerspruche stehen soll, dieselbe vielmehr nur als eine Ehrenminderung aufzufassen ist, welche mit Rücksicht auf die bestehende Militärgesetzgebung und auf das besondere Vertrauen und Ansehen, welches der Beamtenstand erfordere, als geboten erschien;

Daß ebensowenig der nach §. 33 des Str.-G.-B. mit der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte verbundene dauernde Verlust der aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte, sowie der öffentlichen Aemter, Würden, Titel, Orden und Ehrenzeichen der infamirenden Strafe gleichzuachten ist, indem er dem Verurtheilten nur diejenige bürgerlich ausgezeichnete Stellung entzieht, in welcher er sich zur Zeit der Verurtheilung befunden hat, denselben aber keineswegs für unfähig erklärt, diese besonderen Vorrechte wieder zu erlangen;

Daß es bei dieser veränderten Gesetzgebung für die Entscheidung der vorliegenden Frage völlig unerheblich ist, daß das deutsche Str.-G.-B., wie in der Beschwerdeschrift hervorgehoben wird, die Dreitheilung der strafbaren Gesetzesübertretungen beibehalten, und das frühere Gesetz mit jeder Verurtheilung

Digitized by Google

wegen eines Verbrechens die Strafe der Ehrlosigkeit verbunden hat, indem nach den Worten und den Motiven des Gesetzes nicht das erwiesene Verbrechen, sondern die Strafe der völligen und lebenslänglichen Ehrlosigkeit als Grund zur Ehescheidung bezeichnet worden ist.

Aus diesen Gründen

verwirft der Rhein. Appell.-Ger.-Hof die Berufung wider das Urtheil des Königl. Landgerichtes zu Düsseldorf vom 12. Februar 1873 als unbegründet.

I. Senat. Rathskammer-Sitzung vom 29. Juli 1873.

Advokat: Bessel.

Berufung. — Unannehmbarkeit. — Protestatio facto contraria.

Die Berufung von einem Urtheile, welches die vom Verklagten vorgeschützte Einrede der Incompetenz verworfen und die weitere Verhandlung der Sache verordnet hat, ist unannehmbar, wenn an dem hierzu bestimmten Tage Verklagter sich auf die Hauptsache eingelassen hat. Ein dabei gemachter Vorbehalt der Berufung ist eine wirkungslose protestatio facto contraria.

Fischer — Fallitmasse Huzier.

III. Senat. Sitzung vom 30. Juli 1873.

Advokaten: Maassen — Herbertz.

Wechsel. — Mandat.

Eine unter der Herrschaft des französischen Wechsel-Rechts ausgestellte als „Mandat" bezeichnete Urkunde kann nicht als ein „Wechsel" im Sinne der Deutschen Wechsel-Ordnung angesehen werden.*)

Moll — Jacqueson et fils.

*) Vergl. Entscheidung des Reichs-O.-H.-G., Sammlung Bd. 6 S. 125. Entgegengesetzte Entscheidung im Rhein. Archiv, Bd. 59. I. 193. Vergl. auch Urtheil des Appellhofes zu Rouen vom 30. Juli 1825 in Sirey XXVII. 2. 78. und Dictionaire du contentieux commercial par Devilleneuve et Massé s. v. Mandat S. 519.

Digitized by Google

Urtheil:

J. E., daß die Appellatin aus dem vorliegenden von ihr selbst ausgestellten Schriftstücke, welches seitens des Appellanten Moll acceptirt indeß bei Verfall nicht eingelöst worden, Klage gegen denselben nach Wechselrecht erhoben hat;

J. E., daß die rechtlichen Wirkungen des fraglichen Accepts anerkannten juristischen Grundsätzen gemäß nach der Gesetzgebung des Orts der Zeichnung desselben, also hier nach den Bestimmungen der Deutschen Wechsel-Ordnung zu beurtheilen sind;

Daß nun nach der Vorschrift des Art. 4 Nr. 1 leg. cit. zu den wesentlichen Erfordernissen eines gezogenen Wechsels die in den Context selbst aufzunehmende Bezeichnung als „Wechsel", oder wenn der Wechsel in einer fremden Sprache ausgestellt ist, ein jener Bezeichnung entsprechender Ausdruck in der fremden Sprache gehört;

Daß das vorliegende Schriftstück, welches am 20. November v. J. zu Paris ausgestellt worden, mit den Worten „payez contre ce mandat à l'ordre de nous-mêmes" sich nicht als Wechsel, lettre de change, sondern ausdrücklich als „mandat," Anweisung bezeichnet;

Daß das Französische Recht, unter dessen Herrschaft die Ausstellung des Papieres geschehen ist, in gleicher Weise als das Deutsche Handels-G.-B., Art. 301 und folgende, außer dem Wechsel noch andere mit demselben mehr oder minder verwandte Handels-Papiere kennt, darunter namentlich das Mandat, das öfters auch mit dem Zusatze „non acceptable" näher bezeichnet, abgesehen von sonstigen Abweichungen in dem Punkte von dem Wechsel sich wesentlich unterscheidet, daß es der Wechsel-Acceptation nicht unterworfen ist, in seiner besonderen von der des letzteren verschiedenen rechtlichen Gestalt aber einem in dem Handelsverkehre sich geltend machenden Credit-Bedürfnisse entspricht;

Daß hiernach das fragliche Schriftstück als ein „Wechsel" im Sinne der deutschen Wechselordnung nicht anzusehen, daher auch aus demselben ein wechselmäßiger Anspruch der Ausstellerin gegen den Acceptanten, (Art. 23 alinea 2) nicht hergeleitet werden kann, ein Anspruch, der überdies dem Französischen Wechselrechte fremd ist;

Daß, wenn endlich die Appellatin ihre Klage auf den Art. 301 des Deutschen Handels-G.-B. zu stützen versucht, das vergeblich

Digitized by Google

geschieht, da nach der ausdrücklichen Bestimmung des alinea 3 des genannten Artikels der Acceptant einer Anweisung demjenigen, zu dessen Gunsten dieselbe ausgestellt oder an den sie indossirt worden, nicht aber dem Aussteller zur Erfüllung verpflichtet ist;

Daß nach alle dem, ohne daß es eines Eingehens auf den Fond der Sache bedürfte, die Berufung des Appellanten sich rechtfertigt;

Aus diesen Gründen

weist der Hof unter Reformation des Urtheils des hiesigen Handelsgerichts vom 4. April d. J. die durch Gerichtsvollzieher-Akt vom 25. März ejusd. erhobene Klage der Appellatin ab, legt derselben die Kosten beider Instanzen zur Last und verordnet die Rückgabe der hinterlegten Succumbenz-Gelder.

I. Senat. Sitzung vom 30. Juli 1873

Advokaten: Drewke — Franken.

Gewerbe-Gerichte. — Competenz derselben. — Buchdruckerei-Faktor. — Klage wegen Salair.

Die Gerichtsbarkeit und Competenz der Gewerbe-Gerichte hat durch das allgemeine Deutsche Handels-G.-B. und das Einführungsgesetz zu demselben in der Rheinprovinz keine Aenderung erlitten.

Die Klage des Faktors einer Buchdruckerei gegen deren Inhaber wegen rückständigen Salairs gehört zur Competenz des Gewerbe-Gerichts, wenngleich der verklagte Buchdruckerei-Besitzer wegen des Umfangs seines Geschäftes als Kaufmann im Sinne des Handels-G.-B. anzusehen ist; und bleibt diese Competenz auch nach Auflösung des dieselben begründenden Dienstverhältnisses fortbestehen.

Kauertz — Pohl.

Urtheil:

In E., daß Appellat in der beim Königl Handels-Gerichte zu Düsseldorf erhobenen Klage, womit er den Rest von Salair aus der Zeit vom 1. März bis 26. September 1872 verlangt, den Appellanten als Buchdruckerei-Besitzer bezeichnet und be-

Digitized by Google

hauptet, daß er als Faktor von letzterem engagirt gewesen, und ebenso das von ihm produzirte Zeugniß des Appellanten besagt, daß Appellat bei diesem als Faktor fungirt und der Offizin vorgestanden habe;

Daß sich hieraus ergibt, daß Appellat nach Inhalt seiner Klage für das Gewerbe der Appellanten als Buchdruckers engagirt gewesen und seine Forderung auf eine in diesem Verhältniß und in diesem Gewerbebetrieb entstandene Verbindlichkeit gründet;

Daß daher auch dann, wenn das Buchdruckerei-Geschäft des Appellanten wegen seines, über den handwerksmäßigen Betrieb hinaus gehenden Umfangs als ein Handels-Geschäft, und jener selbst als Kaufmann im Sinne des Handels-G.-B. anzusehen wäre, doch das Verhältniß, aus welchem hier geklagt ist, das eines Werkmeisters oder Gesellen zu dem Inhaber der gewerblichen Anstalt oder Handwerksmeister im Sinne des Bergischen Dekrets vom 17. Dezember 1811 und des §. 2 des Regulativs über die Errichtung und Verwaltung des Gewerbe-Gerichts zu Düsseldorf vom 15. November 1844 sich darstellt, nach welchem auch die Fabrik-Kaufleute, ihrer Eigenschaft als Kaufleute ungeachtet, von den durch sie in dem bezeichneten gewerblichen Bereich beschäftigten Personen bei den Gewerbe-Gerichten zu belangen sind;

Daß dies Dekret und die in ihm vorgeschriebene Competenz der Gewerbe-Gerichte durch das allgemeine deutsche Handels-G.-B., welches überhaupt den Prozeß nicht berührt, und durch das Einführungs-Gesetz zu demselben, dessen Bestimmungen über die Competenz der Handels-Gerichte nur an die Stelle der im Code de commerce enthaltenen Bestimmungen über die Competenz der Handels-Gerichte getreten sind, nicht aufgehoben ist (Art. 60, 61 Nro. 1 des Einführungs-Gesetzes zum Handels-G.-B.), und die Gerichtsbarkeit und Competenz der Gewerbe-Gerichte in der Rheinprovinz nach wie vor besteht;

J. E., daß aber die Art. 2, 51 und 53 des erwähnten Dekrets die oben gedachten Personen der Gerichtsbarkeit der Gewerbe-Gerichte unterwerfen in Ansehung aller Streitigkeiten, welche sich auf das Gewerbe, das sie betreiben, oder auf die Vereinbarungen, die dieses Gewerbe zum Gegenstande haben, beziehen, und der Art. 52 verfügt, daß die Gerichtsbarkeit der Gewerbe-Gerichte sich nach dem Orte bestimmt, wo die Fabrik

Digitized by Google

oder Werkstätte gelegen ist, zu welcher die streitenden Theile gehören, und nicht nach dem Orte des wirklichen Wohnsitzes derselben;

J. E., daß aus der letzteren Bestimmung nicht geschlossen werden kann, daß die gedachten Personen der Gerichtsbarkeit der Gewerbe-Gerichte nur so lange unterworfen seien, als das wechselseitige Verhältniß, in welchem sie vermöge des Gewerbe-Betriebs zu einander stehen, zwischen ihnen fortdauere, und die gewöhnliche Gerichtsbarkeit eintrete, wenn, wie dieses untergebens der Fall ist, Seitens einer der Partei der Austritt aus der Werkstätte erfolgt ist;

Daß vielmehr nach allgemeinen Grundsätzen eine Competenz welche, wie hier, gesetzlich an die Natur des Rechts-Verhältnisses und der Verbindlichkeit geknüpft ist, auch bei Aenderungen in der Person der Contrahenten fortdauert (Vgl. Art. 421 der B.-Pr.-O.), und zudem das entscheidende Moment für die Competenz der Gewerbe-Gerichte das ist, daß es sich bei den ihnen überwiesenen Streitigkeiten in der Regel um die Beurtheilung technischer Fragen durch Werkverständige und um die Anwendung dessen, was im Gewerbebetriebe und in den dadurch hervorgerufenen rechtlichen Verhältnissen der bezeichneten Personen als Gewohnheit und Gebrauch besteht oder als der Absicht der Parteien entsprechend anzunehmen ist, handelt, um so mehr also der Natur der Sache nach ihre Competenz für alle Streitigkeiten fortdauern muß, welche in dem zwischen den Parteien vermöge des Gewerbebetriebs bestandenen Verhältnisse ihren Ursprung haben;

Daß hiernach die vom Appellaten erhobene Klage, weil sie auf einen angeblich zwischen ihm und dem Appellanten bestandenen gewerblichen Dienstvertrag sich gründet, zur Competenz des Gewerbe-Gerichts zu Düsseldorf gehört, und das dortige Handelsgericht incompetent war, darüber in erster Instanz zu entscheiden.

Aus diesen Gründen

weiset der Appell.-Ger.-Hof, unter Aufhebung der Urtheile des Königl. Handelsgerichts zu Düsseldorf vom 24. Februar und 31. März 1873 die am 22. Februar 1873 gegen den Appellanten erhobene Klage wegen Incompetenz des Handelsgerichts ab, legt dem Appellaten die Kosten beider Instanzen zur Last und verordnet die Rückgabe der Strafgelder.

I. Senat. Sitzung vom 30. Juli 1873.

Advokaten: Franken — Herbertz.

Digitized by Google

Abtritt. — Gemeinschaftliche Grube. — Baulosigkeit. Verpflichtung zur Wiederherstellung.

Wird ein zwischen benachbarten Häusern gemeinschaftlicher Abtrittsthurm, dessen Entleerung ausschließlich von einem dieser Häuser aus geschieht, baulos, und ist dessen Wiederherstellung in seiner bisherigen Construktion polizeilich untersagt, so besteht eine gegenseitige Verpflichtung der Nachbaren zur Anlage einer neuen Abtrittsgrube von durchaus veränderter, insbesondere die Last der Reinigung sehr erschwerender Construktion nicht.

Hartel — Zimmermann.

Zu den Häusern Breitestraße Nro. 95, 97, 99 und 101 sowie Glockengasse Nro. 70 und 72 zu Köln gehörte ein gemeinschaftlicher Abtritt, der als solcher seit unvordenklicher Zeit von den Besitzern dieser Häuser benutzt worden. Wegen Baulosigkeit der Umfassungsmauern der Abtrittsgrube wurde dieselbe im Frühjahr 1871 auf Anordnung der Polizeibehörde vollständig verschüttet.

Am 25. November 1871 erhob nun Peter Zimmermann als Besitzer des Hauses Nro. 99 gegen Everhard Hartel als Besitzer des Hauses Nro. 95, welcher letzterer mittlerweile die Antheile der Häuser Breitestraße Nro. 101 und Glockengasse Nro. 70 und 72 käuflich erworben hatte, beim Königl. Landgerichte zu Köln eine Klage dahingehend, den Verklagten zu verurtheilen mit dem Kläger auf gemeinschaftliche Kosten der Betheiligten die nöthige Reparatur oder eventuell den Neubau des gedachten Abtrittes gemäß dem Gutachten von Sachverständigen vornehmen zu lassen.

Verklagter trug auf Abweisung der Klage und eventuell auf Anordnung eines Gutachtens von Sachverständigen darüber an, wie in angemessener und zweckmäßiger Weise und mit welchen Kosten statt des zugeschütteten alten Abtrittsthurmes sich eine neue Abtrittsgrube herstellen lasse.

Nachdem bei Verhandlung der Sache Kläger seinen Hauptantrag auf Reparatur des alten Abtrittsthurmes zurückgezogen, verordnete das Landgericht durch Urtheil vom 4. Mai 1872 die beiderseits beantragte Expertise, indem es annahm, daß die

Digitized by Google

gegenseitige Verpflichtung der Parteien zu einem Neubau des Abtritts sich aus der Natur des gemeinschaftlichen Eigenthums ergebe, und daß, wenn der Art. 655 des B. G.-B. eine solche Verpflichtung in Beziehung auf gemeinschaftliche Mauern speziell ausspreche, dies offenbar nur in Anwendung eines allgemeinen Grundsatzes auf den speziellen Fall geschehen sei.

Nachdem die ernannten Sachverständigen ihr Gutachten erstattet, und die Sache wieder zur Verhandlung kam, beantragten beide Parteien, daß die Herstellung eines neuen Abtrittes der Expertise gemäß verordnet werde. Kläger verlangte aber, daß die Reinigung des Abtrittes wie früher nur vom Hause des Verklagten aus stattfinde, und letzterer zu den Kosten des Neubaues 4/5 und er, Kläger, nur 1/5 beitrage, wogegen Verklagter beantragte, daß die Reinigung sowohl vom Hause des Klägers aus als von dem seinigen vorgenommen werde, und er zu den gedachten Kosten nur zu 1/3 beitrage.

Das Landgericht entschied durch Urtheil vom 18. Januar 1873 in der Hauptsache gemäß dem übereinstimmenden Antrage der Parteien und erkannte sodann, daß Beklagter zu den Kosten des Neubaues 4/6 und Kläger 1/6 für sich und 1/6 für den Bewohner des Hauses Breitestraße Nro. 97 beizutragen, die Reinigung des Abtrittes aber wie früher vom Hause des Verklagten aus stattzufinden habe.

Auf die vom Verklagten Hartel eingelegte Berufung erkannte der Hof reformatorisch, wie folgt:

Urtheil.

J. E., daß thatsächlich feststeht, daß die Abtrittsgrube, welche seit unvordenklicher Zeit den Besitzern der Häuser der Parteien und der beiden anstoßenden Häuser zur gemeinschaftlichen Benutzung gedient hat, im Jahre 1871 derart baulos geworden ist, daß eine Reparatur des Mauerwerks nicht mehr ausführbar war, und wegen der aus diesem Zustande sich ergebenden Gefahr auf Anordnung der Polizeibehörde eine vollständige Verschüttung der Grube stattgefunden hat, und daß eine Wiederherstellung derselben in ihren früheren Zustand schon aus dem Grunde unmöglich geworden ist, weil die Einrichtung als Schlinggrube, was sie früher gewesen, gegenwärtig polizeilich untersagt ist;

Daß Appellat auch in Anerkennung dessen von seiner gegen den Appellanten erhobenen Klage auf Reparatur der alten

Digitized by Google

Grube Abstand genommen, und die Herstellung einer ganz neuen Anlage verlangt hat, welche nicht nur in ihren Dimensionen, sondern insbesondere auch durch die in Folge der gebotenen Wasserdichtigkeit in hohem Grade vermehrten Last der Reinigung sich wesentlich von der alten Grube unterscheidet;

J. E., daß aber eine Verpflichtung zu einer derartigen neuen Anlage für den Appellanten rechtlich nicht besteht, und der erste Richter dadurch, daß er eine solche angenommen, den Appellanten beschwert hat;

Daß, wenn nämlich auch bei einer solchen in Folge der örtlichen Verhältnisse gegebenen Gemeinschaft, wie sie bezüglich der fraglichen Abtrittsgrube zwischen den Hausbesitzern bestanden hat, die Erhaltung der dienenden Sache als einer gemeinschaftlichen durch deren Bestimmung von selbst geboten ist, und daher als eine gemeinsame Pflicht der Betheiligten sich darstellt, so daß der Einzelne dieser Pflicht und der sich daran knüpfenden Verbindlichkeit, nach Verhältniß des Vortheils, den er von der Sache zieht, zu den Kosten der Erhaltung beizutragen, nur durch den Verzicht auf sein Recht an der gemeinschaftlichen Sache selbst sich entziehen kann, arg. Art. 656 des B. G.-B., doch jedenfalls mit dem Untergange der letztern auch jene Gemeinschaft und die daran geknüpften rechtlichen Verpflichtungen der Betheiligten ihr Ende erreichten, und für eine Nöthigung zur Eingehung einer neuen Gemeinschaft an einem ganz andern, wenn auch demselben Zwecke wie früher dienenden Objekte ein rechtlicher Grund nicht vorhanden ist;

J. E., daß hiernach die Klage des Appellaten nicht begründet erscheint;

Daß auch Appellant seines Rechtes, deshalb deren gänzliche Abweisung zu verlangen, sich nicht dadurch begeben hat, daß er zu dem Urtheile des Landgerichts vom 18. Januar 1873 seinen Hauptantrag auf Abweisung der Klage nicht wiederholt hat, sondern sich mit der von dem Appellaten verlangten neuen Anlage gemäß dem Gutachten der Sachverständigen einverstanden erklärte, da dieses Anerbieten an besondere Bedingungen bezüglich der Vertheilung der Baukosten und der Reinigung des Abtritts geknüpft war, welche von dem Appellaten nicht acceptirt wurden, und auch in dem angegriffenen Urtheile keine Anerkennung gefunden haben; und dem Appellanten die Berufung gegen das die Expertise verordnende Interlokut vom 4. Mai 1872 noch immer offen stand;

Digitized by Google

Daß nach allem dem unter Reformation des letztern die angestellte Klage abzuweisen ist;

Aus diesen Gründen

weist der Hof unter Reformation des Urtheils des Königl. Landgerichts zu Köln vom 18. Januar 1873 die von dem Appellaten gegen den Appellanten erhobene Klage als unbegründet ab, legt dem Appellaten die Kosten beider Instanzen zur Last und verordnet die Rückgabe der Strafgelder.

I. Senat. Sitzung vom 25. Juni 1873.

Advokaten: Pheifer — Herbertz.

Abtrittsgrube. — Gemeinschaftlichkeit. — Last der Reinigung. — Miteigenthum. — Dienstbarkeit.

Die mit der Gemeinschaft an einer Abtrittsgrube für einen der Miteigenthümer verbundene Last, daß deren Reinigung ausschließlich auf dem Grundstücke des letztern erfolgt, bildet eine Modifikation des Miteigenthums selbst, und nicht eine Dienstbarkeit zu Lasten des Grundstücks des gedachten Miteigenthümers und zu Gunsten der gemeinschaftlichen Grube.

Mit dem Aufhören der Gemeinschaft in Folge Verzichtes des betreffenden Miteigenthümers auf sein Eigenthumsrecht an der Grube erlischt daher auch jene Last.

Froitzheim — Emanuel.

Auf der Grenze der beiden Häuser Obenmarspforten Nummer 3 und Nummer 5 zu Köln bestand bis zum Jahre 1871 ein gemeinschaftlicher Abtrittsthurm, der ausschließlich vom Hause Nummer 5 aus, auf dessen Terrain der Quellstein lag, gereinigt wurde, wogegen dann der Eigenthümer dieses Hauses zu den Kosten der Reinigung nur einen geringeren Theil beizutragen hatte. Bei dem im Jahre 1871 vorgenommenen Neubau der beiden Häuser erfolgte ein theilweiser Einsturz des Abtrittsthurmes, und gaben dieser Umstand sowie noch sonstige Grenzstreitigkeiten Veranlassung zu einer Klage, welche von dem

Digitized by Google

Eigenthümer des Hauses Nummer 3, Jakob Balthasar Froitzheim, gegen die Eigenthümerin des Hauses Nro. 5, die Handlung A. und L. Emanuel, beim Königl. Landgerichte zu Köln erhoben wurde und hinsichtlich des gedachten Abtrittsthurmes dahin ging, daß Verklagte verurtheilt werde, denselben ganz neu und vorschriftsmäßig herzustellen.

Im Laufe dieses Prozesses gab die Verklagte die Erklärung ab, daß sie auf ihr Recht an dem gemeinschaftlichen Abtrittsthurme Verzicht leiste. Kläger acceptirte diesen Verzicht mit dem Vorbehalte der Rechte, welche für das klägerische Grundstück aus dem Vorhandensein des Quellsteins auf dem verklagtischen Eigenthum sich ergäben, und woraus die Verpflichtung der Verklagten, die Reinigung des Abtritts über ihr Eigenthum zu verstatten, gefolgert werde.

Das Königl. Landgericht erklärte demgemäß in seinem Urtheil vom 20. Oktober 1871 den klägerischen Antrag in Betreff der Wiederherstellung des Abtrittsthurmes für erledigt.

Am 18. Januar 1872 erhob nun Froitzheim gegen die Handlung A. u. L. Emanuel bei dem Königl. Landgerichte in Köln eine neue Klage, dahin gehend, daß erkannt werde, daß dem Kläger als Eigenthümer des Hauses Nummer 3 sammt Zubehörungen und Kraft der diesem Grundstücke anklebenden desfallsigen Servitut die Berechtigung zustehe 1. die regelmäßige Reinigung des fraglichen Abtrittsthurmes jedesmal auf dem Gebiete des verklagtischen Grundstücks Nro. 5 und über dasselbe vornehmen zu lassen, und 2. für diese Reinigung auch den Quellstein auf dem Grundstücke der Verklagten an der nämlichen Stelle, wo er vor dem im Jahre 1871 erfolgten Einsturze des Abtrittsthurmes gelegen habe, über letzterem wieder anbringen zu lassen.

Die Verklagte bestritt das Vorhandensein eines Servitutrechtes, und bezog Kläger sich zum Beweise eines solchen zuvörderst auf den eigenen Erwerbtitel der Verklagten und sodann auf den seit Menschengedenken bestandenen faktischen Zustand, worüber er den Beweis durch Zeugen erbot.

Das Königl. Landgericht nahm an, daß die Existenz einer Servitut zum Vortheil eines gemeinschaftlichen Eigenthums, wie Kläger eine solche in Anspruch nehme, keinem rechtlichen Bedenken unterliege, daß auch eine solche Servitut, wenn sie wirklich bestanden, nicht durch den Verzicht der Verklagten auf ihr Mit-

Digitized by Google

eigenthum an dem Abtrittsthurm hätte aufgehoben werden können, da jene zwar auf ihr Recht einseitig verzichten gekonnt, das Erlöschen ihrer Verpflichtung aber von der Zustimmung des Klägers abhängig gewesen, erachtete aber den vom Kläger bezogenen Erwerbstitel der Verklagten nicht für geeignet als Recognitiv-Titel im Sinne des Art. 695 des B. G.-B. zu dienen, und den durch Zeugen erbotenen Ersitzungsbeweis aus dem Grunde nicht für zulässig, weil es sich um eine nicht fortdauernde Dienstbarkeit handle, und wies deshalb durch Urtheil vom 4. Mai 1872 die Klage als nicht begründet ab.

Gegen dieses Urtheil ergriff Kläger die Berufung und reproduzirte die in erster Instanz erbotenen Beweise.

Der Appell.-Ger.-Hof erließ hierauf folgendes

Urtheil:

J. E., daß in thatsächlicher Beziehung unter den Partheien feststeht, daß der auf der Grenze der beiderseitigen Grundstücke befindliche alte Abtrittsthurm sich im ungetheilten Miteigenthum der jeweiligen Besitzer dieser Grundstücke befand, die Reinigung desselben jedoch nur auf dem Terrain der Appellatin mittelst eines dort angebrachten sogenannten Quellsteines vorgenommen wurde;

Daß die Reinigung, gleich wie die Reparaturen, einer solchen Anlage eine aus dem Miteigenthume sich ergebende gleichmäßige Verpflichtung der jeweiligen Miteigenthümer als solcher bildet, welche Verpflichtung im Wege der Vereinbarung modificirt und, wie es in alter Zeit zu geschehen pflegte, dahin normirt sein kann, daß die Reinigung einem der Miteigenthümer allein unter gleichzeitiger Benutzung seines Grundstückes gegen eine Erleichterung in den Reinigungskosten obliegt, was für den vorliegenden Fall als geschehen anzunehmen ist, da in dem Erwerbstitel der Appellatin vom 10. März 1865 constatirt wird, daß bei der letzten Reinigung der Vorbesitzer des Grundstückes der Appellatin, von welchem aus die Reinigung geschah, nur zu $^1/_5$ der Kosten herangezogen worden ist;

J. E., daß der Appellant selbst in dieser Instanz das Recht, welches er für sein Haus in Betreff der Reinigung des Abtrittsthurmes über das Grundstück der Appellatin in Anspruch nimmt, auch nur aus dem Miteigenthume an jenem Thurm herleitet, in dieser Beziehung ihm aber entgegensteht, daß letztere in dem Vorprozesse zu dem Urtheile vom 20. October 1871 auf ihr

Digitized by Google

Miteigenthum Verzicht geleistet hat, und in Folge dessen der Appellant sich auch das Allein-Eigenthum an dem Abtrittsthurm zuschreibt;

Daß das Aufhören des Miteigenthums zugleich die Aufhebung des Gemeinschafts-Verhältnisses und seiner Modificationen, somit für die Appellatin auch die Befreiung von der einen integrirenden Bestandtheil des Gemeinschafts-Verhältnisses bildenden Verpflichtung zur Reinigung des Abtrittsthurms überhaupt und folgeweise von deren Duldung auf seinem Grundstücke nach sich gezogen hat;

Daß es bei dem Erlöschen dieser Verbindlichkeit auf Seiten der Appellatin unhaltbar ist, wenn der Appellant für sich als den nunmehrigen Allein-Eigenthümer des Abtrittsthurms eine Succession in die jener Verbindlichkeit correspondirenden Rechte der Gemeinschaft zuschreibt, und die Construction einer solchen Rechtsfolge um so weniger zutreffend ist, als dieselbe ein bei einer Gemeinschaft bestehendes Rechtsverhältniß in ein Recht der Gemeinschaft selbst verwandelt, und bei ihrer Annahme das frühere Rechtsverhältniß zu einer selbständigen Servitut zu Lasten des Grundstücks der Appellatin umgestaltet wäre, hinsichtlich deren die Grundsätze des angegriffenen Urtheils Anwendung finden würden;

Daß demnach die erbotenen Beweise sich als unerheblich darstellen und die eventuellen Anträge sich von selbst erledigen;

Aus diesen Gründen

verwirft der Appell.-Gerichtshof die Berufung von dem Urtheile des Königl. Landgerichts zu Köln vom 4. Mai 1872 unter Verfälligung des Appellanten in Strafe und Kosten.

I. Senat. Sitzung vom 15. October 1873.

Advokaten: Pheifer — Herbertz.

Distanzgeschäft. — Genehmigung der gekauften Waare. — Verzollung und Abfuhr vom Zollhofe.

In der von dem Ankäufer vorgenommenen Verzollung der ihm von einem andern Orte übersendeten Waare und deren demnächstigen Abfuhr vom Zollhofe zur Handelsniederlassung des Käufers kann an und für sich eine Genehmigung der Waare nicht gefunden werden.

Digitized by Google

Mertens — le Goullon.

Urtheil:

J. E., daß unbestritten schon am 4. März d. J., an demselben Tage, an welchem die Waare hier eingetroffen war, Appellant der Appellatin die Anzeige machte, daß er ihr die Waare nach vorgenommener Untersuchung wegen nicht vertragsmäßiger Qualität zur Verfügung stelle, die Appellatin aber eine noch frühere Untersuchung und Anzeige bei ordnungsmäßigem Geschäftsgange nicht erwarten konnte, Appellant mithin dem Art. 347 des H. G.-B. genügt hat, und nicht behauptet werden kann, daß die Waare wegen verspäteter Anzeige der angeblichen Mängel als genehmigt gelte;

Daß der Umstand, daß eine dem Käufer von einem andern Orte übersendete Waare zollpflichtig ist, keineswegs die dem Käufer zur Untersuchung der Waare zu verstattende Zeit verkürzt, zudem auch im vorliegenden Falle die Verzollung nicht gehindert hat, daß die Anzeige der Appellatin rechtzeitig zugekommen ist;

J. E., daß aber die Verzollung selbst dem Appellanten in der hier fraglichen Beziehung nicht präjudicirlich ist;

Daß nämlich die Genehmigung einer von auswärts übersendeten Waare allerdings durch schlüssige Handlungen des Empfängers an Tag gelegt werden kann, zu solchen Handlungen auch unter Umständen schon eine Disposition über die Waare zu rechnen ist, indessen lediglich in der Verzollung und Abfuhr der Waare vom Zollhof nach der Wohnung oder dem Lager des Käufers eine die Genehmigung dem Absender gegenüber in sich schließende Disposition über die Waare nicht zu finden ist, da die Verzollung in der berechtigten Voraussetzung der vertragsmäßigen Qualität der Waare geschieht, und die Abfuhr vom Zollhofe zur Handelsniederlassung des Käufers nur den Zweck hat, hier die Ablieferung und Empfangnahme zu bewerkstelligen, an welche letztere sich dann erst weiterhin die Untersuchung der Waare anzuschließen hat;

Daß die Annahme, als ob durch Verzollung der Waare der Empfang und die Genehmigung der Waare dem Absender gegenüber verbindlich erklärt sei, der Begründung entbehrt;

Daß auch dann, wenn erweislich der Appellant in der Möglichkeit gewesen, die Waare auf dem Zollhof zu untersuchen, daraus eine Verpflichtung dazu nicht folgen würde;

Digitized by Google

Daß ferner die von dem ersten Richter getheilte Behauptung, daß es allgemein üblich sei, zollpflichtige Waaren vor der Verzollung auf dem Zollhofe zu untersuchen, selbst, wenn sie thatsächlich richtig wäre, in diesem vagen Inhalt die Bedeutung nicht hat, daß der Käufer durch ein anderes Verfahren dem Absender Rechte gegen sich einräume, und nicht einmal eine Verantwortlichkeit für die Zollspesen, noch vielweniger aber ein Verzicht auf die Untersuchung der Waare und eine Genehmigung der Waare dem Verkäufer gegenüber darauf zu fußen wäre;

Daß endlich der in die subsidiarischen Beweisanträge der Appellatin aufgenommene Satz, daß die zollpflichtigen Waaren durch die Verzollung als acceptirt gelten, jedenfalls in dieser Artikulation nicht durch Zeugen und Sachverständige erwiesen werden kann, und noch um so weniger darauf einzugehen ist, da dieser Satz schon durch die Allgemeinheit, in welcher er aufgestellt ist, seine Widerlegung findet, indem es mit der Natur der Sache und den Geschäftsverhältnissen geradezu unvereinbar ist, anzunehmen, daß Waaren jeder Art, ihre Untersuchung möge noch so viel Einsicht und Sorgfalt, Weiterungen und Versuche erfordern, deshalb, weil sie zollpflichtig seien, von dem Prinzipal oder von dem zur Untersuchung der Waare befähigten Personal desselben bei der Zollabfertigung auf dem Zollhof untersucht werden müßten, und dies unter Umständen, welche offenbar bei vielen Waaren einer Untersuchung, wie sie der Käufer nöthig hat und beanspruchen kann, hinderlich sind;

Daß daher, da die Gründe des ersten Richters nicht ausreichen, die Verurtheilung des Appellanten zu rechtfertigen, auch die auf die Verzollung bezüglichen Beweiserbieten irrelevant sind, der Appellatin der subsidiarisch von ihr erbotene Beweis über den Abschluß des Vertrages unter den von ihr behaupteten Bedingungen und über die Vertragsmäßigkeit der gelieferten Waare aufzuerlegen ist, während die darauf bezüglichen entgegenstehenden Behauptungen des Appellanten zum Gegenbeweise gehören;

Aus diesen Gründen

läßt der Appell.-Gerichtshof, vor weiterer Entscheidung, die Appellatin zu dem Beweise zu:

1. durch Zeugen darüber, daß Appellant Ende Februar 1872 die vierzehn Tonnen Oeillette unter der Bedingung bestellt hat, daß die Tonnen von Eichenholz seien und Prima reine Waare von August Crepy aus Lille enthielten;

Digitized by Google

2. durch Sachverständige, daß die von der Appellatin gesandten Fässer mit Oeillette den angeführten Bedingungen entsprochen haben; beauftragt u. s. w.

I. Senat. Sitzung vom 18. Dezember 1872.

Advokaten: Herbertz — Maaßen.

Kriegsleistungen. — Exekutionsrecht der Gemeinden. — Zulässigkeit des Rechtsweges.

Das Gesetz vom 11. Mai 1851 über die Kriegsleistungen verleiht den Gemeinden ein administratives Exekutionsrecht ihren Mitgliedern gegenüber nur insofern, als es ihnen gestattet, sich zwangsweise in den Besitz aller Gegenstände der Kriegsleistungen zu setzen, wozu sie selbst dem Staate verpflichtet sind, nicht aber zur Eintreibung der Kosten, welche einer Gemeinde dadurch entstanden sind, daß sie den von einem ihrer Mitglieder verlangten, Seitens desselben aber verweigerten Gegenstand einer Kriegsleistung sich anderweit beschafft hat.

Ein derartiger Anspruch ist im gewöhnlichen Rechtswege geltend zu machen.*)

Schäfer — Stadtgemeinde Euskirchen.

Auf Anstehen der Stadtgemeinde Euskirchen erging am 11. Juli 1871 Seitens der dortigen Communal-Casse an den Gutspächter Franz Anton Schäfer zu Kessenich die Aufforderung zur Zahlung eines Betrages von 315 Thalern, welche darauf gestützt wurde, daß Schäfer im letzten deutsch-französischen Kriege in Folge Requisition der Militairbehörde und auf Grund einer Verfügung des Königl. Landrathsamtes von Euskirchen vom 19. August 1870 in gesetzlicher Weise aufgefordert worden, eine zweispännige Fuhre zum Transport von Kriegsmaterial von Schmidtheim nach Trier zu gestellen, daß jener aber sich geweigert, dieser Requisition Folge zu leisten, und die Stadtgemeinde Euskirchen daher genöthigt gewesen, die Fuhre auf Kosten des Schäfer durch einen Fuhrunternehmer stellen zu lassen, der

*) In gleichem Sinne entschied der Königl. Gerichtshof zur Entscheidung der Competenz-Konflikte durch Erkenntniß vom 13. Oktober 1873 in Sachen der Gemeinde Buir gegen Scheidtweiler.

Digitized by Google

hierfür eine Vergütung von im Ganzen 720 Thalern erhalten habe, wovon zu Gunsten des Schäfer der von der Stadt allgemein bewilligte Betrag von 405 Thalern abgehe.

Da Schäfer der Zahlungsaufforderung keine Folge leistete, so wurde bei demselben auf Anweisung des Communal-Empfängers am 26. Juli 1871 eine Mobilarpfändnug durch den Steuer-Exekutor vorgenommen und der öffentliche Verkauf der gepfändeten Gegenstände auf den 11. August 1871 vorbestimmt. Gegen diese Pfändung und den angedrohten Verkauf erhob nun Schäfer durch Gerichtsvollzieher-Akt vom 9. November 1871 Einspruch und ließ zugleich durch den gedachten Akt sowie durch Ladung vom 4. Dezember 1871 die Communal-Casse und die Stadtgemeinde Euskirchen vor das Königl. Landgericht zu Bonn laden, um den erhobenen Einspruch als begründet annehmen und die Mobilar-Pfändung als unstatthaft aufheben zu hören. Seitens der Oppositen wurde dem Einspruche vor Allem die Einrede der Incompetenz entgegengesetzt.

Durch Urtheil vom 8. Januar 1872 erklärte das Landgericht den Rechtsweg für unzulässig, indem es erwog, daß die Kriegsleistungen den Charakter von allgemeinen Abgaben und Lasten hätten, und über die Verbindlichkeit zur Entrichtung solcher Abgaben nach den Bestimmungen der Verordnung vom 26. Dezember 1808 §. 41 und 42, des Ressort-Reglements vom 20. Juli 1818 §. 15, sowie der Verordnung vom 24. November 1843 der Rechtsweg unzulässig sei, und ein Gleiches sich auch aus §. 62 der Städte-Ordnung vom 15. Mai 1856 und §. 18 des Ressort-Reglements ergebe.

Auf die hiergegen von Schäfer eingelegte Berufung erließ der Rhein. Appell.-Ger.-Hof folgendes reformatorische

Urtheil:

J. E., daß das Gesetz vom 11. Mai 1851, indem es in §. 17 die Gemeinden ihren Mitgliedern gegenüber für berechtigt erklärt, sich zwangsweise in den Besitz aller Gegenstände der Kriegsleistungen zu setzen, wozu sie selbst dem Staate verpflichtet sind, wenn sie solche auf andere Weise sich nicht beschaffen können, den Gemeinden allerdings ein Zwangsrecht oder administratives Exekutionsrecht verliehen hat, bei welchem der Rechtsweg bezüglich jeder Verfügung der Gemeindebehörde, welche die Besitznahme der fraglichen Objekte zum Gegenstand hat, ausgeschlossen ist;

Digitized by Google

Daß es sich aber hier keineswegs um eine solche, die Kriegsleistung selbst erzwingende Verfügung und einen dagegen erhobenen Widersprnch handelt, vielmehr das von der appellatischen Stadtgemeinde gegen den Appellanten eingeleitete Exekutionsverfahren die Erstattung von Kosten zum Gegenstande hat, welche der Gemeinde nach ihrer Behauptung dadurch entstanden sind, daß sie eine Kriegsfuhre, deren Gestellung Appellant verweigert, sich anderweit beschafft habe;

J. E., daß aber zur Verfolgung eines solchen Anspruchs den Gemeinden ein Exekutionsrecht weder ausdrücklich im Gesetze verliehen ist, noch auch aus der bezogenen Bestimmung des §. 17 hergeleitet werden kann, da die letztere den Zweck hat, die Gemeinden ohne Verzug, wie es die Natur der Kriegsleistungen erfordert, in den Besitz der dazu nöthigen Gegenstände zu setzen, ein ähnlicher Grund aber bei einer Forderung auf Rückerstattung verwendeten Geldes nicht vorhanden ist;

Daß auch die Annahme des ersten Richters, daß die Gemeinde, indem sie, statt sich zwangsweise in den Besitz des Gegenstandes der Kriegsleistung zu setzen, denselben durch einen Dritten sich beschaffe und die dadurch entstehenden Kosten einziehe, für die Ausübung des ihr gesetzlich zustehenden Zwangsrechtes nur einen andern Modus wähle, nicht zutreffend erscheint, vielmehr die Gemeinde dadurch, daß sie den Gegenstand der Kriegsleistung sich vertraglich durch einen Dritten beschafft, deutlich zu erkennen gibt, daß sie von der zwangsweisen Besitznahme des in der Hand des weigernden Gemeindeglieds befindlichen Gegenstandes und von dem ihr dafür im Gesetze verliehenen Exekutionsrechte keinen Gebrauch macht;

Daß es nach dem Gesagten auch auf alles das, was der erste Richter aus dem Charakter der Kriegsleistungen selbst als allgemeiner Abgaben auf Grund der von ihm bezogenen gesetzlichen Bestimmungen für das Exekutionsrecht der Gemeinden und gegen die Zulässigkeit des Rechtswegs im vorliegenden Falle hergeleitet hat, nicht ankommen kann;

Daß ein solches Exekutionsrecht insbesondere auch nicht in dem §. 62 der Städte-Ordnung vom 15. Mai 1856 seine Begründung findet, da dieser Paragraph abgesehen von einzelnen darin speziell bezeichneten Einnahmen nur von den gewöhnlichen Gemeinde-Abgaben und Gefällen spricht, wozu offenbar die hier in Rede stehende Leistung nicht zu rechnen ist;

Digitized by Google

Daß der endlich noch vom ersten Richter bezogene §. 18 des Ressort-Reglements, wonach die Regierungen befugt sind, in den Fällen, wo die verlangte Verpflichtung auch durch einen Dritten geleistet werden kann, solches nach fruchtlos gebliebener Aufforderung des Verpflichteten für dessen Rechnung zu bewirken und den Kostenbetrag von letzterm exekutivisch beitreiben zu lassen, ebensowenig Anwendung finden kann, da abgesehen davon, daß es sich hier nicht um eine von der betreffenden Königl. Regierung erlassene Verfügung handelt, nach §. 16 des Gesetzes vom 11. Mai 1851 die hier fragliche Kriegsleistung eine Last der Gemeinde bildet, und also, wenn von einer Anwendung des gedachten §. 18 des Ressort-Reglements hier die Sprache wäre, die Appellatin selbst und nicht der Appellant als der Verpflichtete im Sinne dieses Paragraphen zu betrachten sein würde;

J. E., daß nach allen dem der appellatischen Stadtgemeinde ein Recht, die fraglichen Kosten in einem selbständigen administrativen Exekutionsverfahren von dem Appellanten einzuziehen, gesetzlich nicht zusteht, und daher unter Abänderung der erstrichterlichen Entscheidung, wodurch der Rechtsweg über den Einspruch des Appellanten gegen die wegen jener Kosten bei demselben stattgehabte Mobilarpfändung für unzulässig erklärt worden, diese Pfändung als unstatthaft aufzuheben ist, wodurch das anhängige Verfahren sich erledigt;

Aus diesen Gründen

erklärt der Appell.-Ger.-Hof, unter Aufhebung des Urtheils des Königl. Landgerichts zu Bonn vom 8. Januar 1872, den Rechtsweg über den vom Appellanten gegen die auf Anstehen der Appellatin am 26. Juli 1871 durch den Steuer-Exekutor Lückerath vollzogene Mobilarpfändung erhobenen Einspruch für zulässig und hebt diese Pfändung als unstatthaft auf, verurtheilt die Appellatin in die Kosten beider Instanzen und verordnet die Rückgabe der Strafgelder.

I Senat. Sitzung vom 26. November 1873.

Advokaten: Bessel — Nacken.

Concession zur Anlage einer Eisenbahnbrücke auf einem öffentlichen Flusse. — Beeinträchtigung der Fischerei durch den Brückenbau. — Garantiepflicht der Königl. Regierung als Verpächterin der Fischerei. —

Digitized by Google

Rechtsverhältniß zwischen der Staatsregierung und einer Eisenbahn-Gesellschaft aus der Concessions-Ertheilung. — Haftpflicht der Eisenbahn-Gesellschaft gegenüber dem Staate gemäß §. 20 des Gesetzes vom 3. November 1838.

Die einer Eisenbahn-Gesellschaft ertheilte landesherrliche Concession zum Bau einer Brücke über einen öffentlichen Fluß hat nicht blos den Character einer polizeilichen Concession, sondern enthält wesentlich auch die Verleihung eines ausschließlichen Rechts an einem Theile des Staats-Eigenthums.

Das Rechtssubjekt, von welchem eine solche Verleihung ausgeht, ist die Staatsregierung als Trägerin des Staats-Eigenthums.

Als deren Vertreterin handelt auch eine Königl. Regierung, wenn sie eine Verpachtung der Fischerei in einem öffentlichen Flusse vornimmt.

Diese ist als Verpächterin dem Anpächter also auch für die Störung verantwortlich, welche letzterer in der vertragsmäßigen Benutzung des Pachtobjektes durch den concessionirten Brückenbau erleidet.

Durch die Ertheilung einer Concession an eine Eisenbahn-Gesellschaft und die Uebernahme der daran geknüpften Bedingungen Seitens der letztern wird zwischen dieser und der Staatsregierung, wenn auch nicht ein förmlicher Vertrag, doch ein Rechtsverhältniß geschaffen, worin die aus der Concessions-Ertheilung für die Eisenbahn-Gesellschaft entspringenden Rechte und Pflichten insofern ihre definitive Regulirung und ihren Abschluß gefunden haben, daß die Gesellschaft zu weiteren Gegenleistungen, als wozu sie durch die Bedingungen der Concession verpflichtet worden, nicht angehalten werden kann.

Die Staatsregierung kann daher, falls sie einer Eisenbahn-Gesellschaft mit der ihr ertheilten Concession das Recht zur Ueberbrückung eines

Digitized by Google

öffentlichen Flusses unbedingt und vorbehaltlos verliehen hat, nachträglich weder eine Vergütung für die Hingabe des Staats-Eigenthums noch eine Entschädigung für den durch den Brückenbau der Fischerei entstehenden Nachtheil beanspruchen.

Die im §. 20 des Gesetzes vom 3. November 1838 den Eisenbahn-Gesellschaften dem Staate gegenüber auferlegte Vertretungspflicht ist in dem Falle ausgeschlossen, wenn es sich um einen Entschädigungs-Anspruch handelt, der einem eigenen Versäumniß der Staatsregierung seine Entstehung verdankt.

Königliche Regierung zu Düsseldorf — Johann Heymann — Köln-Mindener Eisenbahn-Gesellschaft.

Durch Allerhöchste Cabinets-Ordre vom 28. Mai 1866 wurde der Köln-Mindener Eisenbahn-Gesellschaft die landesherrliche Concession zum Bau und Betriebe einer Eisenbahn von Venlo über Wesel und Münster nach Osnabrück nebst einer festen Rheinbrücke bei Wesel ertheilt, und sollten die spezielle Richtung dieser Bahn sowie die Bedingungen der Concession durch das Handels-Ministerium näher festgestellt werden.

Am 21. September 1868 trat zu Wesel eine gemischte Commission zusammen, um über die zweckmäßigste Lage der festen Eisenbahnbrücke zu berathen, und wurden durch dieselbe zwei Linien dafür festgestellt, zwischen welchen der Köln-Mindener Eisenbahn-Gesellschaft die Wahl zustehen sollte. Nachdem letztere sich im September 1870 für eine dieser beiden Linien entschieden und als Bedingung der Concession insbesondere die Zahlung von 500,000 Thaler zur Erhaltung der Wehrbarkeit der Festung Wesel übernommen hatte, auch die Strombau-Verwaltung und die Militairbehörde sich mit der von der Eisenbahn-Gesellschaft gewählten Linie einverstanden erklärt hatten, erfolgte die definitive Genehmigung dieser Linie und des Brücken-Projekts überhaupt durch Rescript des Handels-Ministers vom 28. October 1871.

Mittlerweile hatte die Königl. Regierung zu Düsseldorf durch Pachtvertrag vom 19. Februar und 1. März 1869 dem Fischer Johann Heymann zu Wesel die domaniale Fischerei im Rheine bei Wesel auf der in dem Pachtvertrage bezeichneten Strecke auf 12 mit 6 zu kündigende Jahre vom 1.

Digitized by Google

Januar 1869 an für den jährlichen Pachtpreis von 910 Thlr. verpachtet.

Am 21. November 1871 erhob nun Heymann gegen die besagte Königl. Regierung eine Klage beim Königl. Landgerichte zu Düsseldorf, in welcher er Auflösung des vorgedachten Pachtvertrages, Rückzahlung von gezahltem Pachtpreise und Schadenersatz wegen Auflösung des Pachtverhältnisses verlangte. Die Klage wurde darauf gegründet, daß in Folge der im Juni 1871 begonnenen Erbauung der festen Rheinbrücke Seitens der Köln-Mindener Eisenbahn-Gesellschaft die angepachtete Fischerei für den Kläger ganz werthlos geworden, da die Treibfischerei auf dem Rheine durch die Pfeiler der Brücke unmöglich geworden sei, indem kein durchgehendes Netz mehr gezogen werden könne, und da der Spandauerordt, worauf hauptsächlich die Sägefischerei betrieben worden, in Verfolg des Brückenbaues ganz weggebaggert werde.

Die verklagte Königl. Regierung bestritt vor Allem, daß zu den in Angriff genommenen Brückenarbeiten bereits die erforderliche staatliche Genehmigung ertheilt sei, sodann auch die angebliche Entwerthung und Unmöglichkeit der Treibfischerei, und machte ferner geltend, daß der Fiscus nicht für die Möglichkeit der Ausübung der Fischerei in einer bestimmten Weise oder gar für einen bestimmten Ertrag derselben Gewähr zu leisten habe, vielmehr durch die Bedingungen des Pachtvertrages jeder Anspruch wegen einer etwaigen Störung des Klägers in Ausübung der Fischerei ausgeschlossen sei.

Gleichzeitig ließ die Königl. Regierung die Köln-Mindener Eisenbahn-Gesellschaft zu ihrer Vertretung gegen die Hauptklage beiladen und stützte ihren Regreßanspruch gegen letztere insbesondere auf den §. 20 des Eisenbahngesetzes vom 3. November 1838. Die Adcitatin bestritt die Klage als zu voreilig, weil die eigentliche Bauthätigkeit noch gar nicht begonnen habe, dann aber auch als unbegründet, weil bereits zur Zeit der Verpachtung die Stelle für den Rheinübergang insofern bestimmt gewesen, als zwischen 2 Linien, welche beide in das Pachtgebiet des Klägers gefallen, der Eisenbahn-Gesellschaft die Wahl zugestanden habe, Kläger aber dieses hätte wissen müssen und auch gewußt habe, und daher, wenn er trotzdem den Pachtvertrag abgeschlossen, die Gefahr einer Benachtheiligung der Fischerei durch den Brückenbau übernommen habe.

Der Verklagten und Adcitantin gegenüber bestritt die Eisenbahn-Gesellschaft aber jede Vertretungspflicht und erachtete

Digitized by Google

insbesondere den §. 20 des Eisenbahn-Gesetzes nicht für anwendbar.

Das Königl. Landgericht nahm an, daß, wenn mit dem Brückenbau wirklich begonnen worden, es nach der Natur des Unternehmens nicht zweifelhaft sein könne, daß dies auf Grund der ertheilten Concession geschehen sei, und daß, wenn die Behauptung des Klägers wegen der in Folge des Brückenbaues eingetretenen Entwerthung der Fischerei auf Wahrheit beruhte, der klägerische Anspruch rechtlich begründet und durch die Bedingungen des Pachtvertrages nicht ausgeschlossen sein würde, und ließ durch Urtheil vom 19. Juni 1872 den Kläger zu dem erbotenen Beweise über den begonnenen Brückenbau, den dadurch entstandenen Nachtheil für die Fischerei und die Höhe des erlittenen Schadens, sowie die verklagte Königl. Regierung zum Gegenbeweise zu. Zugleich wies das Landgericht die Adcitation der Eisenbahn-Gesellschaft als unbegründet ab, indem es erwog, daß der §. 20 des Eisenbahn-Gesetzes keine Anwendung finden könne, da die Hauptklage auf Verletzung eines Rechtes gegründet werde, welches erst nach erfolgter Ertheilung der Concession zum Brückenbau, und zwar durch einen von der Adcitantin selbst abgeschlossenen Vertrag in's Leben getreten sei, während jener Paragraph offenbar nur solche Entschädigungs-Ansprüche zum Gegenstande habe, die gegen den Staat aus der Verletzung von Rechten hergeleitet würden, welche bereits vor Ertheilung der Concession bestanden.

Auf die gegen diese Entscheidung von der Königl. Regierung zu Düsseldorf sowohl dem Kläger Heymann als der Köln-Mindener Eisenbahn-Gesellschaft gegenüber eingelegte Berufung erließ der Appell.-Ger.-Hof folgendes

Urtheil:

J. E. zur Hauptklage,

Daß Appellat Heymann die gegen die appellantische Königl. Regierung erhobene Klage auf Auflösung des mit derselben am 19. Februar und 1. März 1869 über die domaniale Fischerei im Rheine bei Wesel abgeschlossenen Pachtvertrages, auf Rückerstattung gezahlter Pacht und Schadens-Ersatz wegen der Auflösung auf die Behauptung gründet, daß durch die Seitens der appellatischen Eisenbahn-Gesellschaft im Juni 1871 begonnene Erbauung einer festen Rheinbrücke bei Wesel die Fischerei auf der angepachteten Strecke vollständig entwerthet sei, da die

Digitized by Google

Treibfischerei durch die Pfeiler der Brücke unmöglich geworden, indem kein durchgehendes Netz mehr gezogen werden könne, und da der Spandaueroordt, worauf hauptsächlich die Sägefischerei betrieben worden, in Verfolg des Brückenbaues ganz weggebaggert werde;

J. E., daß, wenn diese Behauptung auf Wahrheit beruhte, und der fragliche Brückenbau als eine von der Appellantin zu vertretende Handlung sich darstellte, letztere, welche als Verpächterin gemäß Art. 1719 des B. G.-B. dem Anpächter Heymann die ungestörte Benutzung des Pacht-Objectes während der Pachtzeit zu gewähren hatte, sich allerdings einer solchen Verletzung des Pachtvertrags schuldig gemacht haben würde, welche den Appellaten berechtigte, auf Grund des Art. 1184 des B. G.-B. dessen Aufhebung und Schadensersatz von der Appellantin zu begehren, und es der von dem Appellaten behaupteten vollständigen Entwerthung der für einen jährlichen Pachtpreis von 910 Thlr. angepachteten Fischerei gegenüber nicht darauf ankommen könnte, daß, wie Appellantin geltend macht, für die Möglichkeit der Ausübung der Fischerei in einer bestimmten Weise oder gar für einen bestimmten Ertrag von ihr eine Garantie nicht übernommen worden;

Daß Appellantin zur Beseitigung ihrer Haftpflicht sich vergeblich auf die §§. 14 und 15 der Pacht-Bedingungen beruft, indem der erstere nur von Entschädigungs-Ansprüchen aus Einrichtungen oder Anlagen, die zum Zwecke der Schifffahrt gemacht werden, handelt, und der letztere von den Seitens der Königl. Wasser- oder Straßen-Bauverwaltung in dem angepachteten Fischerei-Distrikte etwa veranstaltet werdenden Kiesgrabungen oder sonstigen Anlagen spricht, der Bau einer Eisenbahnbrücke aber einer dieser beiden Kategorien von Anlagen nicht beigezählt werden kann;

Daß ebensowenig dem von der Appellantin noch bezogenen Schlußsatze des §. 10 jener Bedingungen, wonach ein Nachlaß an den Pachtabgaben niemals stattfinden soll, so lange der Fluß, Strom oder Bach, woran die Fischerei verpachtet worden, noch existirt, die Bedeutung beigelegt werden kann, daß dadurch über die spezielle Bestimmung dieses Paragraphen hinaus an der allgemeinen Verpflichtung der Verpächterin, für Störungen im Genusse des Pacht-Objectes dem Pächter aufzukommen, etwas geändert wäre;

Digitized by Google

J. E., daß es hiernach nur auf die Entscheidung der Frage ankommt, ob die Appellantin den angeblich aus dem fraglichen Brückenbau für die Fischerei auf der betreffenden Strecke entstehenden Nachtheil dem Appellaten gegenüber zu vertreten habe;

Daß diese Frage zu bejahen ist;

Daß nämlich die der appellatischen Eisenbahn-Gesellschaft durch Allerhöchste Cabinets-Ordre vom 28. Mai 1866 ertheilte landesherrliche Concession zum Bau und Betrieb einer Eisenbahn von Venlo über Wesel und Münster nach Osnabrück nebst einer festen Rheinbrücke bei Wesel in Verbindung mit der demnächst erfolgten Feststellung der Bedingungen dieser Concession und der Bahn- und Brückenlinie durch das Handels-Ministerium nicht als blos polizeiliche Concession aufzufassen ist, da es sich dabei nicht, wie Appellantin vermeint, einzig von einer Erklärung der Landespolizeibehörde handelt, daß vom allgemeinen landespolizeilichen Interesse aus und mit Rücksicht auf das öffentliche Wohl der Anlage der Eisenbahn an der bestimmten Stelle ein Bedenken nicht entgegenstehe, vielmehr, was insbesondere den Brückenbau betrifft, die Concessionsertheilung und deren Ausführung wesentlich auch noch darin bestand, die Eisenbahn-Gesellschaft zu einer Anlage auf einem öffentlichen Flusse zu ermächtigen, und derselben somit ein ausschließliches Recht an einem Theile des Staats-Eigenthums zu verleihen;

Daß als das Rechtssubject, von welchem eine solche Verleihung ausgegangeu, einzig die Staats-Regierung als Trägerin des Staats-Eigenthums angesehen werden kann;

Daß als deren Vertreterin auch die Appellantin bei Abschluß des Pachtvertrages mit dem Appellaten Heymann gehandelt hat;

Daß bei dieser Einheit der Staats-Regierung es nicht darauf ankommt, durch welches Organ dieselbe in dem einen und durch welches in dem andern Falle vertreten gewesen;

J. E., daß hiernach die Appellantin dem Appellaten dafür aufzukommen hat, wenn das demselbem in Pacht übertragene Recht des Fischfangs auf der betreffenden Strecke des Rheines durch das der appellatischen Gesellschaft verliehene Recht der Ueberbrückung des Stromes innerhalb jener Strecke die behauptete Beeinträchtigung erleidet;

Digitized by Google

Daß die Appellantin sich nicht darauf berufen kann, daß zur Zeit der Verpachtung eine solche Beeinträchtigung nicht vorauszusehen gewesen, weil die Linie für die Brücke erst nach der Verpachtung definitiv festgestellt worden sei, da es jedenfalls Sache der Staatsregierung war, sei es bei der Verpachtung, sei es bei Feststellung der Brücken-Linie, durch den geeigneten ausdrücklichen Vorbehalt sich ihrer gesetzlichen Verantwortlichkeit zu entledigen;

J. E., daß übrigens auch durch die am 21. September 1868 zu Wesel zusammengetretene gemischte Kommission die Richtung des Rheinübergangs schon insofern festgestellt worden ist, als schließlich dafür nur zwei Linien als zulässig erklärt wurden, zwischen welchen der Eisenbahn-Gesellschaft die Wahl zustehen sollte, nämlich die obere, welche über die verlängerte Nordspitze der Büdericher Insel, über den Hafen und die Esplanade lief, und die untere, welche 75 Ruthen unterhalb des Hauses Nesbach am Ende des Flügeldeiches lag;

Daß eine Vergleichung der der gedachten Kommissions-Verhandlung zu Grunde gelegten, von der appellatischen Eisenbahn-Gesellschaft in einer nicht weiter bestrittenen Copie produzirten Karte mit der vom Appellaten vorgelegten ebenfalls unbestrittenen Karte und der Bezeichnung des Fischerei-Distrikts im Pachtvertrage keinen Zweifel darüber läßt, daß diese beiden Linien in die dem Appellaten verpachtete Strecke fielen, wenn gleich die obere dieselbe nicht in dem Maße durchschnitt, wie dies bei der untern, später von der Eisenbahn gewählten Linie der Fall war;

Daß hiernach schon zur Zeit der Verpachtung die Möglichkeit einer Beeinträchtigung der Fischerei auf der verpachteten Strecke nahe lag, und dem gegenüber der gegenwärtig von der Appellantin erbotene Beweis, daß, wenn die obere Linie für den Brückenbau gewählt worden, alsdann eine Behinderung der Fischerei nicht eingetreten sein würde, völlig unerheblich erscheint;

Daß eine solche Möglichkeit von der Appellantin bei Abschluß des Pachtvertrags nicht ignorirt werden durfte;

Daß dagegen bei dem Appellaten Heymann eine solche Kenntniß der für den Brückenbau bestehenden Projekte blos auf Grund der in der Gesetzsammlung publizirten Cabinets-Ordre vom 28. Mai 1866 und dessen, was durch einen Artikel in der Weseler Zeitung oder sonstwie in's Publikum

Digitized by Google

gedrungen, nicht vorausgesetzt werden kann, und solchergestalt die Annahme, daß Appellat die der angepachteten Fischerei durch den Brückenbau drohende Gefahr stillschweigend übernommen habe, unhaltbar erscheint;

J. E., daß es nach allen dem lediglich auf die von dem ersten Richter bezüglich der behaupteten nachtheiligen Einwirkung des Brückenbaues auf den Fischfang verordneten Beweise ankommen wird, und die Berufung in der Hauptsache daher als unbegründet zu verwerfen ist;

J. E., zur Abcitation, daß, wenn auch das in Folge der von der Staatsregierung der appellatischen Eisenbahn-Gesellschaft ertheilten Concession zum fraglichen Eisenbahn- und Brückenbau und der Uebernahme der daran geknüpften Bedingungen Seitens der gedachten Gesellschaft eingetretene Rechtsverhältniß nicht als ein förmliches Vertrags-Verhältniß angesehen, und die von der Eisenbahn-Gesellschaft angeblich zu fortifikatorischen Zwecken zu leistende Zahlung von 500,000 Thlr. insbesondere nicht als ein Aequivalent für das der Gesellschaft verliehene Recht der Ueberbrückung eines im Staatseigenthum stehenden Flusses aufgefaßt werden kann, doch immerhin zwischen den beiden gedachten Rechtssubjekten ein Rechtsverhältniß geschaffen wurde, worin die aus der Concessionsertheilung für die Eisenbahn-Gesellschaft entspringenden Rechte und Pflichten insofern ihre definitive Regulirung und ihren Abschluß gefunden haben, daß die Gesellschaft zu weiteren Gegenleistungen, als wozu sie durch die Bedingungen der Concession verpflichtet worden, nicht angehalten werden kann;

Daß es nämlich der Staatsregierung, als sie der Eisenbahn-Gesellschaft in Folge der Concession zum Brückenbau ein ausschließliches Recht auf dem im Staatseigenthum stehenden Flusse übertrug, völlig freistand, sich hierfür eine Vergütung in Geld oder eine sonstige Gegenleistung zu bedingen und an die Verleihung jenes Rechts jeden beliebigen Vorbehalt zu knüpfen;

Daß aber, wenn davon nichts geschah, der Natur der Sache nach angenommen werden muß, daß die Staatsregierung mit Rücksicht auf den Werth dieses Brückenwerks für das öffentliche Interesse jene Hingabe des Staatseigenthums am Flußbette unentgeltlich und vorbehaltlos bewilligt hat;

Daß damit aber auch die Staatsregierung auf jeden Entschädigungs-Anspruch wegen einer Beschränkung des Staats-

Digitized by Google

eigenthums, welche aus der Anlage der Brücke als eine natürliche und nothwendige Folge sich ergab, stillschweigend Verzicht geleistet hat, und also in dieser Beziehung ebensowenig wie wegen der Verleihung des Rechts zum Brückenbau selbst nachträglich eine Vergütung beanspruchen kann;

Daß als eine solche natürliche und nothwendige Folge der Brückenanlage unzweifelhaft die angeblich durch dieselbe bewirkte Beeinträchtigung der Ausübung des Fischerei-Regals betrachtet werden muß;

J. E., daß wenn hiernach die Staatsregierung nicht berechtigt erscheint, wegen Beeinträchtigung der Fischerei eine selbstständige Entschädigungsklage gegen die appellatische Eisenbahn-Gesellschaft zu erheben, ihr ebensowenig ein auf demselben Fundamente beruhender Regreßanspruch gegen letztere zusteht;

Daß auch bei dem entwickelten, eine Vertretungspflicht ausschließenden Verhältniß zwischen der Eisenbahn-Gesellschaft und dem Staat und bei dem Umstande, daß die Staatsregierung das Flußbett zur Brücke ohne Vorbehalt hingegeben, und ebenfalls ohne Vorbehalt die Fischerei verpachtet hat, im vorliegenden Fall der §. 20 des Eisenbahn-Gesetzes vom 3. November 1838 wegen der Besonderheit des Sachverhalts, welcher über die Voraussetzungen dieses Paragraphen hinaus dem Anspruch der adcitirenden Regierung entgegentretende Momente enthält, zu deren Gunsten nicht in Anwendung gebracht werden kann;

Daß diesemnach der erste Richter die Adcitation der appellatischen Eisenbahn-Gesellschaft mit Recht als unbegründet abgewiesen hat, und auch hier die Berufung sich als nicht gerechtfertigt darstellt;

Aus diesen Gründen

verwirft der Hof die Berufung von dem Urtheile des Königl. Landgerichts zu Düsseldorf vom 19. Juni 1872 und verurtheilt die Königliche Regierung zu Düsseldorf in die Kosten.

I. Senat. Sitzung vom 23. Oktober 1873.

Advokaten: Esser I. jr. — Nacken — Pheifer.

Stempel. — Vertrag über den Austritt eines Gesellschafters aus einer offenen Handels-Gesellschaft.

Der Vertrag, wodurch der Theilhaber einer offenen Handelsgesellschaft aus dieser ausscheidet, indem

Digitized by Google

die übrigen Gesellschafter dessen Antheil am Gesellschafts-Vermögen mit den darauf lastenden Verpflichtungen übernehmen, unterliegt dem Werthstempel für Kaufverträge.

Waldhausen — Provinzial-Steuer-Direction zu Köln.

Urtheil:

J. E., daß die Appellanten Gebrüder Waldhausen zufolge der notariellen Verträge vom 3. und 16. Januar 1866 Theilhaber der zum Zwecke der Errichtung und des Betriebes eines Hammer- und Walzwerkes gegründeten offenen Handelsgesellschaft Grillo Funke u. Comp. zu je einem zehntel Antheil geworden waren und zu dem Gründungskapitale von 200,000 Thalern für ihre Antheile als Einlage je 20,000 Thaler auf Erfordern des Vorstandes zu zahlen hatten, und dieselben, nachdem bereits für Mo- und Immobilien der Gesellschaft 203,714 Thaler 9 Sgr. verwendet waren, mit Genehmigung der fünf übrigen in der Gesellschaft verbliebenen Theilnehmer durch Notarialakt vom 17. Oktober 1866 wieder ausgeschieden sind;

Daß durch diesen Notarialakt vom 17. Oktober 1866, dessen Stempelpflichtigkeit in Frage ist, der Austritt der Appellanten nicht durch die Aufhebung und die Liquidation der Gesellschaft sondern, wie die einzelnen Bestimmungen desselben ergeben, dadurch erfolgt ist, daß von den übrigen fünf Gesellschaftern die erledigten beiden Antheile gegen Uebernahme der hiermit verbundenen Verpflichtungen nach Maßgabe ihrer Betheiligung als Eigenthum erworben wurden, indem sie gegenseitig zugleich erklärten, aus dem Gesellschaftsvertrage ferner keinerlei Ansprüche gegen einander zu machen, und sich Decharge und Quittung ertheilten;

Daß in diesen Bestimmungen die Voraussetzungen eines gültigen Kaufvertrages offenbar gegeben sind, indem die übertragenen Antheile mit ihren Mo- und Immobilien den Gegenstand des Kaufes und die hiergegen übernommene Liberirung der Appellanten von ihrer Verpflichtung zur Einlage den Kaufpreis bildeten, der Umfang der gegenseitigen Rechte und Pflichten aus den vorgängigen Verträgen sich klar ergibt und nicht bestritten ist, und der Umstand, daß die Verkäufer auf ihre Antheile von der übernommenen Einlage noch Nichts oder nur einen Theil bezahlt hatten, die rechtliche Natur des Kaufvertrags ebensowenig alteriren konnte, wie der Kauf eines Grund-

Digitized by Google

stückes durch die Uebernahme der eingetragenen Hypotheken Seitens des Ankäufers seine Beschaffenheit ändert;

Daß nicht minder die Behauptung der Appellanten, daß der fragliche Vertrag nur eine Ausführung und Consequenz des Gesellschaftsvertrages, nicht aber einen neuen Kaufakt darstelle, der rechtlichen Begründung entbehrt, da, wenn auch in dem Gesellschaftsvertrage vom 3. Januar 1866 Bestimmungen über die künftige Veräußerung der Antheile und das Vorrecht der Theilhaber getroffen wurden, die rechtliche Existenz und Ausführung des Vertrages von der späteren, in die freie Entschließung der Theilhaber gestellten Veräußerung der Antheile völlig unabhängig blieb;

Daß die Appellatin auch mit Recht den ganzen Betrag der Einlage der Appellanten in die Gesellschaft von 40,000 Thalern der Stempelberechnung zum Grunde gelegt hat, da andere Leistungen oder Gegenleistungen weder behauptet, noch nach Lage der noch mit der geschäftlichen Einrichtung begriffenen Gesellschaft unterstellt werden können, und die Appellanten im Eingange des fraglichen Vertrages selbst als Aequivalent die Einlage bezeichnet haben;

Daß nach §. 5 f. des Stempelgesetzes vom 7. März 1822 der Immobiliarstempel von 1 Prozent auch für die Mobilien zur Anwendung kommt, welche mit dem Grundstücke gleichzeitig ohne besondere Angabe ihres Werthes veräußert sind, und daher im untergebenen Falle der in Ansatz gebrachte Stempel von 400 Thalern um so gerechtfertigter ist, als die bis zum Ausscheiden der Appellanten am 17. Oktober 1866 erfolgten Verwendungen der Gesellschaft, wie sie aus deren Aufstellung vom 8. Oktober 1873 ersichtlich, nur die zur Her- und Einrichtung des Hammer- und Walzwerkes erforderlichen Mo- und Immobilien betreffen, und daher auch die hierin enthaltenen Mobilien voraussichtlich nur zu dauernden Pertinenzstücken der Grundstücke bestimmt waren;

Daß demnach der erstrichterlichen Entscheidung nur beigestimmt werden kann;

Aus diesen Gründen

verwirft der Appell.-Ger.-Hof die Berufung von dem Urtheile des Königl. Landgerichts zu Köln vom 31. Januar 1872 mit Strafe und Kosten.

III. Senat. Sitzung vom 24. Oktober 1873.

Advokaten: Schilling — Vagedes.

Digitized by Google

Zeuge. — Regreche. — Certifikat. — Geometer.

Die Situations-Karte, welche ein Geometer für eine Eisenbahn-Gesellschaft zum Gebrauche in einem schwebenden Prozesse angefertigt, kann auch dann nicht als ein Certificat im Sinne des Art. 283 der B. Pr.-O. gelten, wenn die Anfertigung zu einer Zeit geschah, als jener gegen Diäten im Dienste der Eisenbahn-Gesellschaft beschäftigt war.*)

So entschied der Appell.-Ger.-Hof. unter Reformation eines Urtheils des Königl. Landgerichts in Düsseldorf vom 13. Juli 1872.

Berg.-Märk. Eisenbahn-Gesellschaft — Esser.

I. Senat. Sitzung vom 12. November 1873.

Advokaten: Schilling — Esser I. jr.

Aktien-Gesellschaft. — Notarielle Beurkundung des Statuts. — Mitwirkung von Bevollmächtigten. — Form der von der Gesellschaft ausgehenden Bekanntmachungen. — Vertreter einer offenen Handelsgesellschaft. — Wahl in den Aufsichtsrath.

Die über die Errichtung einer Aktien-Gesellschaft aufgenommene notarielle Urkunde erleidet dadurch keine Beeinträchtigung, daß einzelne der dabei mitwirkenden Personen als Bevollmächtigte gehandelt haben, ihre Vollmacht aber nur unter notariell beglaubigter Privatunterschrift ausgestellt ist.

Die Vorschrift des Art. 209 Nr. 12 des Handels-G.-B., wonach das Statut einer Aktien-Gesellschaft die Form bestimmen muß, in welcher die von derselben ausgehenden Bekanntmachungen erfolgen, findet nicht dadurch ihre Erledigung, daß das Statut Vorschriften darüber enthält, in welcher Form der Vorstand als solcher Urkunden und Erklärungen verbindlich für die Gesellschaft ausstellt, und wie die Urkunden, welche vom Aufsichtsrathe zu vollziehen sind, als gehörig gezeichnet gelten.

Derjenige, welcher als Vertreter einer offenen Handelsgesellschaft bei der Errichtung des Sta-

*) Vergl. Archiv Bd. 57. I. S. 243.

Digitized by Google

tuts einer Aktien-Gesellschaft mitwirkt und zeichnet, kann in dieser Eigenschaft nicht in den Aufsichtsrath gewählt werden.

Brühl-Godesberger Verein für Braunkohlen-Verwerthung.

Am 23. Mai 1873 bildete sich Inhalts eines an diesem Tage durch Notar von Monschaw zu Bonn aufgenommenen Aktes eine Aktien-Gesellschaft unter der Firma „Brühl-Godesberger Verein für Braunkohlen-Verwerthung" mit dem Sitze in Brühl unter Zugrundelegung eines gedruckten Statutes, welches jedoch durch den Constituirungs-Akt in verschiedenen Punkten abgeändert wurde. Hierbei sowie bei der Actien-Zeichnung handelten verschiedene Comparenten in eigenem Namen und als Bevollmächtigte mehrerer anderer Personen auf Grund von in Hannover und Osnabrück ausgestellten und bezüglich der Unterschriften notariell beglaubigten Vollmachten.

Unter Andern erschien bei der Verhandlung vor Notar Friedrich Behrens, Kaufmann zu Dortmund wohnend, welcher als Mitinhaber der Handlungsfirma Brückmann, Behrens und Compagnie zu Dortmund handelte und „in Firma Brückmann, Behrens u. Comp." zeichnete. Derselbe wurde auch als Mitinhaber dieser Firma in den Aufsichtsrath gewählt. Im §. 18 der Statuten, welcher von der Vertretung der Gesellschaft nach Außen durch den Vorstand handelt, ist gesagt, daß alle Urkunden und Erklärungen des Vorstandes für die Gesellschaft verbindlich sind, wenn sie mit der Firma der Gesellschaft und der Namensunterschrift eines Mitgliedes des Vorstandes oder eines Stellvertreters oder eines zu solchem Zwecke vom Aufsichtsrathe erwählten Gesellschafts-Beamten versehen sind; und der §. 27 enthält unter Anderm die Bestimmung, daß Urkunden, welche statutenmäßig vom Aufsichtsrathe zu vollziehen sind, als gehörig gezeichnet gelten, wenn sie die eigenhändige Unterschrift des Vorsitzenden oder seines Stellvertreters tragen.

Im §. 13 ist gesagt, daß alle öffentlichen Bekanntmachungen der Gesellschaft durch die drei dort bezeichneten Zeitungen erfolgen, daß, falls eines dieser Blätter eingeht, der Aufsichtsrath ein anderes öffentliches Blatt zu wählen hat, und daß jede Bekanntmachung als gehörig publizirt gilt, wenn sie einmal veröffentlicht ist, mit Ausnahme der Aufforderungen zur Leistung der Einzahlungen, deren Bekanntmachung mindestens drei Mal erfolgen muß.

Digitized by Google

Bei Anmeldung der Gesellschaft behufs Eintragung in das Handelsregister in Köln beanstandete der Sekretair des Handelsgerichts die Eintragung außer aus zwei demnach erledigten noch aus folgenden Gründen: 1. nach Art. 208 des H.-G.-B. solle über die Errichtung und den Inhalt des Gesellschaftsvertrages eine gerichtliche oder notarielle Urkunde aufgenommen werden, daher müßten auch die dazu dienenden Vollmachten gerichtliche oder notarielle sein; Vollmachten unter Privatunterschrift genügten selbst dann nicht, wenn die Unterschriften gerichtlich oder notariell beglaubigt seien; 2. im §. 13 des Statuts fehle die Angabe der Form für die von der Gesellschaft ausgehenden Bekanntmachungen; 3. der Kaufmann Friedrich Behrens zu Dortmund habe nur in seiner Eigenschaft als Theilhaber der daselbst bestehenden Handelsgesellschaft unter der Firma Brückmann, Behrens u. Comp. gehandelt und gezeichnet, sei also nicht selbst Actionair, und könne daher nach Art. 209 Nro. 6. des H.-G.-B. resp. des Gesetzes vom 11. Juni 1870 nicht Mitglied des Aufsichtsrathes sein.

Der Vorstand der Gesellschaft provozirte die Entscheidung des Königl. Handelsgerichtes in Köln, welches die vorerwähnten Moniten für begründet erachtete und am 23. Juni 1873 beschloß, daß dem Antrage auf Eintragung der Actien-Gesellschaft vor Erledigung dieser Moniten nicht stattzugeben sei. Auf die gegen diesen Beschluß erhobene Berufung erließ der Appellationsgerichtshof folgenden Rathskammer-Beschluß.

In E., daß laut dem Act vor Notar von Monschaw vom 23. Mai 1873 über die Errichtung und den Inhalt des Statuts der Actien-Gesellschaft „Brühl-Godesberger Verein für Braunkohlen-Verwerthung" durch eine Anzahl von Gründern der Gesellschaft eine dem Art. 208 des H.-G.-B. genügende notarielle Urkunde zu Stande gekommen ist, und der Umstand, daß einzelne der dabei mitwirkenden Personen als Bevollmächtigte gehandelt haben, ihre Vollmacht aber nur unter notariell beglaubigter Privatunterschrift ausgestellt ist, die notarielle Urkunde über das Statut selbst nicht beeinträchtigt, da das Gesetz gemäß dem oben bezogenen Artikel nicht verlangt, daß an der Errichtuugs-Urkunde sämmtliche Actionaire Theil nehmen müssen;

Daß es sich hier nicht um die Anmeldung bei dem Handels-Register und die Beobachtung der für diese in Art. 4 des Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuche vorgeschriebenen Form

Digitized by Google

handelt, mithin die Frage, ob diese Form im vorliegenden Falle erfüllt sei, hier nicht zu erörtern ist;

Daß daher die Berufung bezüglich des ersten, von dem ersten Richter beanstandeten Punktes sich rechtfertigt;

I. E., den zweiten Punkt betreffend, daß das Statut einer Actien-Gesellschaft, um zur Eintragung bei dem Handelsregister zu gelangen, nach Vorschrift des Art. 209 Nro. 12 des H.-G.-B. die Form, in welcher die von der Gesellschaft ausgehenden Bekanntmachungen erfolgen, sowie die öffentlichen Blätter, in welche dieselben aufzunehmen sind, bestimmen muß, und gemäß Art. 210 diese Bestimmung in den Auszug, welcher zu veröffentlichen ist, aufgenommen werden soll, das vorliegende Statut aber zwar in §. 13 die öffentlichen Blätter bezeichnet, dagegen die Form der Bekanntmachungen der Gesellschaft nicht bestimmt;

Daß diese Unterlassung sich nicht durch Bezugnahme auf die §§. 18 und 27 des Statuts, welche vom Vorstande und vom Aufsichtsrathe sprechen, decken läßt;

Daß nämlich nach bekannter Uebung bei den Actien-Gesellschaften Aufforderungen und Veröffentlichungen vorkommen, welche von der Gesellschaft ausgehen, welche an sich keine Rechtsgeschäfte sind, und von welchen man nicht voraussetzt, daß sie von gewissen Organen der Gesellschaft in der Form, wie diese in ihrem gewöhnlichen Geschäftskreise zeichnen, erlassen werden können;

Daß der Art. 209 Nro 12 die Form dieser Bekanntmachungen der Gesellschaft als einen besonderen Gegenstand hervorhebt und im Statut behandelt wissen will, auch der Art. 210 am Schlusse ausdrücklich an Tag legt, daß das Gesetz dieselben von Willenserklärungen des Vorstandes unterscheidet;

Daß folglich dasjenige, was der §. 18 des Statuts von der Form, in welcher der Vorstand als solcher Urkunden und Erklärungen verbindlich für die Gesellschaft ausstellt, und gar von der Zeichnung der von dem Aufsichtsrathe dazu erwählten Gesellschaftsbeamten sagt, sowie das, was im §. 27 in Bezug auf Urkunden des Aufsichtsraths bestimmt ist, keineswegs die Vorschrift des Art. 209 über die öffentlichen Bekanntmachungen der Gesellschaft erledigt, und die zur Vertheidigung der Omission vorgebrachte Auffassung, als ob die von der Gesellschaft ausgehenden Bekanntmachungen natürlich entweder von dem Vorstande oder von dem Aufsichtsrathe ausgingen, und diese Alternative sich selbstverständlich nach ihrem Inhalte richte,

Digitized by Google

hier aber die Formen für jede dieser Alternativen sich in den §§. 18 und 27 des Statuts befänden, sowohl die Besonderheit der im Art. 209 Nro. 12. und Art. 210 Nro. 6. aufgestellten Vorschrift, als auch den Zweck des Gesetzes verkennt, durch bestimmte, unmittelbar die Bekanntmachungen selbst betreffende Bestimmung des Statuts darüber, von wem und in welcher Weise dieselben ausgestellt und gezeichnet werden sollen, das Publikum sowie die Organe der Gesellschaft und die Actionaire vor zweifelhaften Fragen und Untersuchungen, vor Unsicherheit und Streit zu wahren;

Daß übrigens im vorliegenden Falle umsomehr auf die Beachtung der gesetzlichen Form gehalten werden muß, als auch abgesehen davon, daß eine angeblich stillschweigende Bezugnahme auf den Inhalt der §§. 18 und 27 sich zur Erledigung der Vorschrift des Art. 210 Nro. 6. nicht eignet, einestheils der Aufsichtsrath bei dem in Art. 27 bezeichneten Geschäftskreise an sich nicht zu öffentlichen Bekanntmachungen der Gesellschaft ermächtigt sein würde, und es anderntheils zum mindesten sehr zweifelhaft erscheint, daß es die Meinung der Gründer und der Sinn ihres Statuts wäre, daß die Bekanntmachungen der Gesellschaft, deren Erlaß und deren Zeitpunkt oft von größter Wichtigkeit ist, von einem einzelnen Mitglied des Vorstandes, oder von einem Stellvertreter, oder gar, wie es in §. 18 des Statuts heißt, durch einen von dem Aufsichtsrath dazu gewählten Gesellschafts-Beamten auszustellen und zu zeichnen seien;

Daß daher in diesem Punkte die Berufung nicht gerechtfertigt ist;

J. E., daß es sich in Betreff des dritten Punktes ebenso verhält;

Daß gemäß dem Inhalt und den Unterschriften des Notarialacts vom 23. Mai 1873 der Kaufmann Friedrich Behrens als Mitinhaber der Handlungsfirma Brückmann, Behrens u. Comp. bei der Errichtung des Statuts mitgewirkt und in Firma Brückmann Behrens u. Comp. gezeichnet hat, was unzweifelhaft nicht anders aufzufassen ist, als daß er dabei in der Eigenschaft als Theilhaber der gedachten offenen Handelsgesellschaft Namens der letzteren und für dieselbe gehandelt hat, und Behrens daher nicht selbst, sondern die Handelsgesellschaft Actionair geworden ist, wie denn auch diese die Einzahlungen zu machen hat, wogegen die zur Rechtfertigung der Berufung jetzt

Digitized by Google

aufgestellte Behauptung, durch den Zusatz zum Namen habe nur bemerkt werden sollen, daß Friedrich Behrens zwar im Verhältniß zur Actien-Gesellschaft persönlich der Actionair sei, aber im Verhältniß zu seiner Handelsgesellschaft dabei für deren Rechnung handle, offenbar hinfällig ist, übrigens auch mit der von dem Vorstande Bödecker in erster Instanz gemachten Erklärung geradezu im Widerspruch steht;

Daß nun zwar mit Rücksicht darauf, daß eine offene Handelsgesellschaft keine juristische Person im strengen Sinne dieses Wortes ist, sowie auf die Natur der Betheiligung des Theilhabers einer offenen Handelsgesellschaft an den Sachen dieser Gesellschaft vertheidigt werden kann, daß Behrens wegen der der letztern zustehenden Actien zu den Personen gerechnet werden könne, welche zur Zahl der Actionaire im weiteren Sinne dieses Wortes gehören, und daß er deshalb gemäß §. 24 des Statuts persönlich in den Aufsichtsrath wählbar war;

Daß aber nicht etwa auf Grund einer solchen passiven Wahlfähigkeit die Person des Friedrich Behrens selbst Mitglied des Aufsichtsraths geworden sein soll, sondern in dem Notarialact bei Aufzählung der Mitglieder des Aufsichtsraths ausdrücklich gesagt ist: „der Kaufmann Friedrich Behrens als Mitinhaber der Firma Brückmann, Behrens u. Comp. daselbst", welcher Zusatz keinen andern Sinn zuläßt, als daß Behrens nur in der Eigenschaft als Vertreter seiner Handelsgesellschaft im Aufsichtsrath zu fungiren habe;

Daß hiervon auch wirklich der Vorstand der Gesellschaft ausgeht, indem er in seiner Vorstellung in erster Instanz entschieden behauptet, Behrens sei in den Aufsichtsrath nicht persönlich, sondern als gesetzlich berechtigter Repräsentant der Handelsgesellschaft Brückmann, Behrens u. Comp. gewählt und könne in dieser Eigenschaft Mitglied des Aufsichtsrathes sein, da die Handelsgesellschaft, welche er repräsentire, gleiche Rechte wie jeder physisch persönliche Actionair habe;

Daß aber der Beruf, welchen das Gesetz und das Statut dem Aufsichtsrath geben, die Auffassung nicht zuläßt, daß seine Mitglieder in Ausübung und Geltendmachung von Actienrechten oder von Gründerrechten handeln, vielmehr die Functionen derselben in Handlungen bestehen, welche sie in eigener Person vorzunehmen und zu vertreten haben, und bei welchen sie nicht die Eigenschaft als Vertreter oder Repräsentanten Anderer haben

Digitized by Google

können, welches letztere consequent dem Sinn und dem Zweck des H.-G.-B. widerstreitende Folgen ergeben würde, wie Beispielsweise, daß eine Anwendung der Bestimmungen der Art. 225 b, 249, 249 a und so weiter nicht Friedrich Behrens, sondern, soweit es überhaupt möglich, die von ihm repräsentirte Handelsgesellschaft träfe, oder daß sogar ein anderer Theilhaber der Handelsgesellschaft Brückmann, Behrens u. Comp. wenigstens bei einem Austritt des Friedrich Behrens aus derselben als gesetzlich berechtigter Repräsentant im Aufsichtsrath zu fungiren habe;

Aus diesen Gründen

verordnet der Appellations-Gerichtshof unter theilweiser Reformation des Beschlusses des Handelsgerichts zu Köln vom 23. Juni 1873, daß im vorliegenden Falle der Umstand, daß Vollmachten auf Personen, welche bei dem Act vom 23. Mai 1873 mitgewirkt haben, nur unter notariell beglaubigter Unterschrift ausgestellt sind, von der Eintragung der Actien-Gesellschaft „Brühl-Godesberger Verein für Braunkohlen-Verwerthung" in das Handelsregister nicht abhalten soll;

Verwirft im Uebrigen die gegen den gedachten Beschluß erhobene Berufung und legt der Appellantin die Kosten zur Last.

I. Senat. Rathskammer-Sitzung vom 4. November 1873.
Advokat: Rieth.

Subhastations-Verfahren. — Vormund. — Mitschuldner. — Dritter. — Anfechtung des Subhastations-Verfahrens durch letztern. — Dolus des Vormundes. — Exekution gegen einen der Miterben. — Héretier apparent. — Rechtsgültigkeit eines von diesem vorgenommenen Verkaufs.

Das gegen einen Vormund als solchen gerichtete Subhastations-Verfahren wirkt nur gegen diejenigen seiner Mündel, als deren Vertreter er speziell in dem Verfahren bezeichnet ist.

Der persönliche Mitschuldner, gegen welchen das Subhastations-Verfahren nicht ausdrücklich mit

Digitized by Google

gerichtet ist, gilt als Dritter im Sinne des §. 20 der Subhastations-Ordnung, und findet auf ihn also der §. 29 keine Anwendung.

Derselbe ist nicht genöthigt, das ergangene Adjudikations-Urtheil durch besondere Rechtsmittel anzufechten, er kann dasselbe vielmehr, wenn es ihm entgegen gehalten wird, auf dem Wege der Einrede als unwirksam bestreiten.

Das Recht eines Minderjährigen, ein Subhastations-Verfahren anzufechten, geht nicht dadurch verloren, daß dessen Vormund durch dolose Handlungen die Mangelhaftigkeit des Verfahrens verschuldet hat.

Es kann nicht gegen einen der Miterben eine Exekution in den Nachlaß mit voller Rechtswirkung auch gegen die andern Miterben geschehen.

Ein von dem vermeintlichen oder scheinbaren Erben (héretier apparent) vorgenommener Verkauf von Gegenständen des Nachlasses unterliegt der Anfechtung durch den wahren Erben, wenn auch Verkäufer und Ankäufer in gutem Glauben gehandelt haben. *)

Fleische — Heidfeld und Conf.

Peter Heidfeld, verehelicht mit Charlotte Müller, starb am 4. Mai 1855 mit Hinterlassung eines notariellen Testamentes vom 23. September 1850, wodurch er seine Tochter Mathilde Heidfeld zu seiner Universal-Erbin eingesetzt hatte. Am 15. Mai 1855 erschien dessen Wittwe vor dem Friedensgerichte zu Remscheid mit der Erklärung, daß ihr verstorbener Ehemann ihr eine minderjährige Tochter, die genannte Mathilde Heidfeld hinterlassen habe, und wurde letzterer durch Familienraths-Beschluß vom selben Tage ein Nebenvormund ernannt. Durch einen Familienraths-Beschluß vom 17. Januar 1856 wurde sodann die Wittwe Heidfeld für den Fall ihrer Wiederverheirathung mit Friedrich Wilhelm Horst in der Vormundschaft über ihre genannte minderjährige Tochter bestätigt.

---

*) Vergl. über diese letztere Streitfrage: Aubry et Rau (neueste Ausgabe) Bd. 6, §. 616, Nr. 5 Text und Note 32, und die dort citirten Schriftsteller und Urtheile, sowie die jüngsten Entscheidungen bei Sir. 66, 2, 337; 67, 1, 61; 68, 2, 311.

Digitized by Google

Auf Grund einer von Peter Heidfeld mit seiner genannten Ehefrau am 18. Februar 1845 dem Johann Gottlieb Günther ausgestellten Schuld- und Pfandverschreibung über 600 Thaler schritt letzterer im Jahre 1857 zur Subhastation der verpfändeten Immobilien, und richtete das Verfahren gegen die mehrgenannte Wittwe Peter Heidfeld Charlotte geborene Müller in eigenem Namen und als Vormünderin ihrer minderjährigen Tochter Mathilde Heidfeld. Die Licitation fand am 25. Februar 1857 vor dem Friedens-Gerichte zu Remscheid statt, und erhielt Peter Wilhelm Flesche den Zuschlag für die gesammten Immobilien für das Letztgebot von 1255 Thalern. Durch Notarialakt vom 22. October 1858 verkauften Peter Wilhelm Flesche und Ferdinand Flesche an Julius Lühdorf eine der angesteigerten Parzellen, Wohnhaus, Schmiede, Stallung und Garten, und am 26. Juli 1869 verkauften die Eheleute Ferdinand Flesche und Therese Großmann mehrere andere Parzellen an Robert Krinke. Sowohl Flesche wie Lühdorf und Krinke haben Bauten und Verbesserungen auf diesen Parzellen vorgenommen.

Am 5. Dezember 1870 erhob nun die emancipirte minderjährige Charlotte Heidfeld, Dienstmagd zu Elberfeld wohnend, welche sich durch Vorlage ihrer Geburtsurkunde als eine zweite Tochter des Peter Heidfeld aus dessen Ehe mit der Charlotte Müller legitimirte, in Zustand ihres Curators beim Königl. Landgerichte in Elberfeld gegen ihre mehrgenannte Mutter nunmehrige Ehefrau von Friedrich Wilhelm Horst und gegen ihre Schwester Mathilde Heidfeld, nunmehrige Ehefrau von Gustav Selzer, Klage auf Theilung der zwischen ihren Eltern bestandenen Gütergemeinschaft sowie des Nachlasses des Vaters Peter Heidfeld mit Rücksicht auf das von demselben errichtete Testament und gegen Ferdinand Flesche, Julius Lühdorf und Robert Krinke Klage auf Herausgabe der Immobilien, welche Gegenstand der Lizitation vom 25. Februar 1857 gewesen, zum Zwecke der Theilung und auf Erstattung der Früchte und Einkünfte von diesen Immobilien. In letzterer Beziehung wurde die Klage darauf gegründet, daß die von Flesche, Lühdorf und Krinke besessenen Immobilien vor wie nach zum Nachlasse des Peter Heidfeld gehörten. Die zuletzt genannten Verklagten bestritten die Klage, soweit dieselbe gegen sie gerichtet war, aus verschiedenen Gründen, insbesondere, weil als héritier apparent nur die Mathilde Heidfeld erschienen sei, und die gegen sie gerichtete und durchgeführte Subhastation daher rechtsgültig sei. Flesche

Digitized by Google

adcitirte die Erben Günther zu seiner Vertretung und wurde selbst von Lühdorf und Krinke zur Vertretung beigeladen.

Durch Urtheil vom 19. Juli 1871 verordnete das Landgericht die Theilung der subhastirten Grundstücke zwischen der Klägerin Charlotte Heidfeld einerseits und den Verklagten Flesche, Lühdorf und Krinke andererseits in der Art, daß der Klägerin davon ein Drittheil zukomme, sodann die begehrte Theilung der Gütergemeinschaft der Eheleute Peter Heidfeld sowie des Nachlasses des letzteren, ließ Flesche, Krinke und Lühdorf zum Beweise der von ihnen behaupteten Bauten und Verbesserungen zu und verurtheilte Flesche den Adcitanten Lühdorf und Krinke gegenüber zur Vertretung, wies dagegen dessen Vertretungs-Klage wider die Erben Günther ab.

Gegen diese Entscheidung haben Flesche der Klägerin sowie Lühdorf und Krinke gegenüber und die beiden letzteren Heidfeld und Genossen gegenüber die Berufung eingelegt.

Die verschiedenen, in dieser Instanz von den Parteien angeregten und ausführlich entwickelten Streitfragen ergeben sich vollständig aus dem nachfolgenden confirmatorischen

Urtheil:

In E., daß Appellant Flesche zunächst aufstellt, daß die Mitappellatin Charlotte Heidfeld ihre Klage auf Herausgabe der fraglichen in der Lizitation vom 25. Februar 1857 veräußerten Immobilien nur dann durchführen könnte, wenn sie im Stande wäre, das Adjudikations-Urtheil von genanntem Tage als nichtig resp. als sie nicht verbindend zu beseitigen, daß sie aber hierzu nicht im Stande sei, weil sie Mitschuldnerin in der Subhastation sei und die vierzehntägige Frist des §. 29 der Subhastations-Ordnung versäumt habe;

Daß hierauf bezüglich zunächst in facto durch die vorliegenden Akte feststeht einerseits, daß die Charlotte Heidfeld als Tochter der Eheleute Peter Heidfeld insbesondere als Miterbin ihres genannten Vaters für die Schuld, auf welche die Subhastation gegründet wurde, persönlich und hypothekarisch haftete, andererseits, daß die Subhastation insbesondere die Beschlagnahme vom 27. November 1856 sowie das Patent und die Lizitation nur gerichtet waren gegen Charlotte Müller Wittwe von Peter Heidfeld für sich und als gesetzliche Hauptvormünderin ihrer minderjährigen Tochter Mathilde Heidfeld, und der Charlotte Heidfeld darin keinerlei Erwähnung geschah;

Digitized by Google

Daß daher, wenn man auch annimmt, daß durch den von der Wittwe Heidfeld veranlaßten Familienraths-Beschluß vom 17. Januar desselben Jahres, welcher deren Tochter Charlotte in keiner Beziehnng Erwähnung thut, der Wittwe Heidfeld für die bevorstehende Ehe die Vormundschaft auch über diese Tochter Charlotte belassen worden sei, doch das Subhastations-Verfahren nicht gegen dieselbe gerichtet war, indem, wenn auch der Vormund als der Vertreter und die handelnde Person bezüglich der Rechte des Minderjährigen anzusehen, doch der Minderjährige allein Inhaber dieser Rechte ist, und unsere Prozeßgesetze sowie die Natur der Sache verlangen, daß in gerichtlichen Akten der wirkliche Inhaber der Rechte als solcher bezeichnet werde;

J. E., wenn aber die Subhastation nicht auch mit gegen die Charlotte Heidfeld gerichtet ist, daß dieselbe alsdann auch bezüglich dieser Subhastation nicht als Partei sondern der Natur der Sache gemäß nur als Dritte anzusehen und an die Frist des §. 29 der Subhastations-Ordnung nicht gebunden ist, vielmehr auf sie die §§. 20 und 30 daselbst Anwendung finden;

Daß hiergegen vorab nicht das in den §§. 10, 34, 35 und anderen gebrauchte Wort „Schuldner" angeführt werden kann, indem sich aus der Natur des Subhastations-Verfahrens in Verbindung mit den Bestimmungen der §§. 8, 9, 10, 34 und 35 der Subhastations-Ordnung ergibt, daß unter dem Worte „Schuldner" nur die Subhastaten d. h. diejenigen Personen zu verstehen sind, gegen welche das Subhastations-Verfahren thatsächlich gerichtet ist;

Daß diesen aber nicht etwa derjenige gleich zu stellen ist, der vermöge seiner Beziehungen zu dem subhastirten Grundstück in das Verfahren hätte hineingezogen werden können oder sollen, wenn diese Hineinziehung nicht wirklich geschehen ist, indem das Adjudikations-Urtheil dem für alle andere Urtheile geltenden Grundsatze unterliegt, daß seine Entscheidung nur die Rechte derjenigen fixirt, welche darin wirklich Partei waren, und denen nicht entgegen gehalten werden kann, die darin nicht Partei waren;

Daß letztere, um die Einwirkung eines solchen Urtheils von sich fern zu halten, rechtlich nicht genöthigt sind, das Adjudikations-Urtheil durch besondere Rechtsmittel anzugreifen, es vielmehr vollkommen genügt, dasselbe, wenn es ihnen entgegengehalten wird, auf dem Wege der Einrede als unwirksam gegen sie zu bestreiten;

Digitized by Google

Daß daher untergebens die Charlotte Heidfeld in der Lage ist, die Wirksamkeit der fraglichen Subhastation ihr gegenüber einfach zu negiren, weil sie darin nicht Partei war;

Daß hiergegen auch nicht mit dem Appellanten angeführt werden kann, daß die Mutter-Vormünderin durch ihren dolus d. h. durch die Verheimlichung ihrer Tochter Charlotte die Schuld an der Mangelhaftigkeit des Subhastations-Verfahrens trage, und der dolus des Vormundes dem Minderjährigen entgegenstehe;

Daß nämlich abgesehen von der Frage, ob hier ein dolus der Mutter Heidfeld vorgelegen, und ob derselbe nach Lage der Sache als genügender Entschuldigungsgrund für die Mangelhaftigkeit des Verfahrens angesehen werden könnte, es nicht abzusehen ist, wie die Handlungen der Mutter-Vormünderin dem Mündel präjudiziren könnten, wenn dieselbe nicht eben in ihrer Eigenschaft als Vormünderin dieses Kindes gehandelt hat, — welche Positive untergebens bezüglich der Tochter Charlotte darzuthun unmöglich ist — indem man doch nicht wird behaupten wollen, daß jeder dolus, den Jemand begeht, der auch Vormund oder Mandatar ist, denen allemal zum Nachtheil gereiche, die seine Mündel oder seine Mandanten sind;

Daß es aber außerdem rechtlich nicht angeht, die Grundsätze über contractlichen dolus ohne Weiteres auf dingliche Rechtsverhältnisse anzuwenden, überhaupt aber weder durch Stillschweigen noch durch willkürliche Verfügungen eines Vormundes, wie sie in concreto der Mutter-Vormünderin zum Vorwurfe gemacht werden, dem Mündel Liegenschaften entzogen werden können;

J. E., daß auch die fernere Behauptung des Appellanten, daß die Mathilde Heidfeld auf Grund des Testamentes ihres Vaters vom 23. September 1850, worin sie als Universalerbin desselben eingesetzt ist, die saisine des ganzen Nachlasses besessen, und also gegen sie umsomehr die Exekution gegen den Nachlaß habe geschehen können, als dieses schon gegen jeden einzelnen Erben zulässig sei, das obige Resultat zu alteriren nicht im Stande ist;

Daß nämlich zunächst die Charlotte Heidfeld Vorbehaltserbin ihres Vaters war, und zufolge Art. 1004 des B. G.-B. namentlich auch ihr gesetzlicher Vorbehalt durch den Tod des Vaters von Rechtswegen auf sie überging, ohne daß sie nöthig hatte, dessen Auslieferung von ihrer Schwester zu verlangen, demnach von diesem Vorbehalte, d. i. von einem Drittel des

Digitized by Google

Nachlasses sie und nicht ihre Schwester Mathilde die rechtliche saisine besaß, die durch Antritt der Erbschaft mit bis auf den Tod des Erblassers rückwirkender Kraft auch thatsächlich wirksam wurde, Art. 724, 731, 789, und 777 des B. G.-B.;

Daß selbstredend aber bis dahin die Gläubiger des Nachlasses ihre Rechte gegen sie resp. deren Erbantheil nach Maßgabe der Art. 797 und folgende geltend machen konnten;

Daß sodann ganz unhaltbar die Behauptung ist, daß gegen einen der Miterben eine Exekution in den Nachlaß mit voller Rechtswirkung gegenüber den andern Miterben geschehen könne, indem dieselbe allen Prinzipien des Rechtes widerspricht, wonach Jemanden nur Rechte aberkannt werden können in einem Verfahren, worin er selbst Partei ist, und diese Behauptung nur als eine unberechtigte Umkehrung des Satzes erscheint, daß ein Miterbe unter Umständen Rechte des Nachlasses gegen einen Dritten geltend machen kann, ohne daß zugleich die andern Miterben sich dabei aktive betheiligen;

J. E., daß endlich Appellant die Wirksamkeit der Lizitation auch der Charlotte Heidfeld gegenüber aus dem Grunde behauptet, weil dieselbe einen Verkauf des héritier apparent nämlich der Mathilde Heidfeld darstelle, welcher bei dem guten Glauben des Erwerbers von der wahren Erbin nicht angefochten werden könne;

J. E., daß nun zunächst die zur Begründung dieser Theorie aus dem römischen Rechte hergenommenen Bestimmungen insbesondere das Senatusconsultum Hadrianum sive Juvencianum als in das bürgerliche Gesetzbuch nicht aufgenommen nicht weiter in Betracht kommen können, und die Frage allein nach dem bürgerlichen Gesetzbuche zu entscheiden ist;

Daß hiernach gemäß Art. 724 der vermeintliche Erbe, welcher die Erbschaft des wirklichen Erben oder eine dazu gehörige Sache an sich zieht und veräußert, eine fremde Sache veräußert;

Daß nach Art. 1599 die Veräußerung einer fremden Sache selbst im Falle des guten Glaubens des Erwerbers nichtig ist, und nach Art. 2182 der Käufer nur diejenigen Rechte von dem Verkäufer erwirbt, welche dieser an der Sache hatte, endlich die Art. 1630 und folgende dem entwährten Käufer wegen dieser Entwährung ein Rückgriffsrecht gegen den Verkäufer gewähren, und insbesondere der Art. 1696 noch bestimmt, daß Verkäufer einer Erbschaft verpflichtet sei, für seine Erbesqualität

Digitized by Google

Garantie zu leisten, also den Fall voraussetzt, daß der Erwerber von dem wahren Erben aus dem Besitz gesetzt werden kann;

Daß nach diesen Bestimmungen es für unzweifelhaft gelten muß, daß auch derjenige, der von einem vermeintlichen oder scheinbaren Erben (héretier apparent) erworben hat, durch den wirklichen Eigenthümer evinzirt werden kann, insoweit nicht etwa das Gesetz zu seinen Gunsten eine ausdrückliche Ausnahme statuirt hat;

Daß aber eine solche Ausnahme nirgends existirt, vielmehr für den Verkauf einer ganzen Erbschaft, wie bereits erwähnt, eine entgegenstehende Bestimmung besteht, und kein Grund abzusehen, weshalb dieser Fall rechtlich anders anzusehen wäre, als der Fall der Veräußerung einer einzelnen Sache;

Daß aber auch der Gesetzgeber Veranlassung hatte und zwar bei den Artikeln 549 und folgendem, wenn er unter den verschiedenen Arten von Besitzern noch weiter, als er dort gethan, hätte rechtlich unterscheiden wollen, dieses ausdrücklich zu thun, und die Thatsache, daß er es nicht gethan, den Schluß rechtfertigt, daß er eine solche Unterscheidung und eine Ausnahme von dem gemeinen Recht nicht gewollt hat;

Daß nun auch die Gründe, welche die französischen Schriftsteller und Judikate, soweit sie jener Theorie anhangen, anführen, keineswegs als überzeugend gelten können;

Daß, wenn man zunächst den guten Glauben des Verkäufers und des Käufers als Rechtfertigungsgrund gelten lassen will, doch mit Recht zu fragen ist, warum dieselben nur bei dem Verkaufe einer zu einer Erbschaft gehörigen Sache, nicht aber bei jedem andern Verkaufe einer fremden Sache die Eviktion ausschließe, wie letzteres doch nach den angeführten und andern Bestimmungen nicht geschehen ist;

Daß die richtige Erbfolge nicht unerforschlicher als in manchen Fällen das richtige Eigenthumsrecht ist, zudem aber weder die größte Schwierigkeit ja die faktische Unmöglichkeit der Erforschung noch irgend andere Momente, wie etwa die Gunst, die einem gerichtlichen Verkaufe zur Seite steht, den Gesetzgeber bewogen haben, in dieser Beziehung eine Ausnahme von der allgemeinen Regel zu machen;

Daß noch weniger aber von einer Strafe der Nachlässigkeit für den erst spät hervortretenden wirklichen Erben die Rede sein kann, da abgesehen davon, daß die Unthätigkeit des Erben in den

Digitized by Google

meisten Fällen nicht auf eine Nachlässigkeit sondern auf Unkenntniß, Abwesenheit oder gar wie hier auf die Minderjährigkeit desselben zurückzuführen ist, eine solche Strafe doch nur ausdrücklich von dem Gesetze verhängt werden könnte;

Daß auch die einzelnen gesetzlichen Bestimmungen, welche noch zur Unterstützung jener Theorie angewendet werden, bei näherer Betrachtung nicht als Analogieen für dieselbe sondern nur als spezielle Ausnahmen sich darstellen, welche vielmehr die Regel bestätigen;

Daß als solche zunächst die Bestimmung des Art. 132 erscheint, daß der 30 Jahre nach der gerichtlich erklärten Abwesenheit oder 100 Jahre nach der Geburt eines Abwesenden in dessen Vermögen definitiv eingewiesene nächste Erbe, wenn dennoch der Abwesende später zurückkehren sollte, demselben sein Vermögen nur in dem Zustande, worin sich dasselbe dann befindet, herauszugeben verpflichtet ist, und diese Bestimmung gewiß keine Ausdehnung überhaupt und insbesondere auf den Fall zuläßt, daß etwa wie hier die Rechte der Minderjährigen von deren Mutter und gesetzlichen Vormünderin gänzlich vernachlässigt werden, und später, obgleich dieselbe in dem Wohnorte ihrer Eltern geboren und rechtzeitig unter Angabe ihrer wirklichen Eltern in die Civilstandsregister eingetragen war, unter deren gänzlicher Ignorirung durch einen Gläubiger des väterlichen Nachlasses auch ihr Antheil an letzterem zwangsweise zum Verkaufe gebracht wurde;

Daß auch die Bestimmung des Art. 790 bezüglich der von dem Curator einer erbloſen Verlassenschaft geschehenen Veräußerungen keine Analogie bildet, weil der Curator der gesetzliche Vertreter des wahren Erben ist, der vermeintliche Erbe aber in seinem eigenen Interesse handelt, der Curator zudem den Kauferlös zur Tilgung der Masseschulden zu verwenden und den Ueberschuß zu Gunsten des Erben anzulegen hat, während dem vermeintlichen Erben das Recht zur Disposition in eigenem Interesse zuerkannt werden soll;

Daß sodann die Art. 1935 und 1240 nur Spezialbestimmungen zu Gunsten des Deponenten und zu Gunsten der Liberation von einer Schuld enthalten, und die erstere in der Natur des Depositums als eines lediglich den Vortheil des Deponenten bezweckenden Vertrages und die letztere in der der Liberation zur Seite stehenden Gunst ihre spezielle nicht ausdehnungsfähige Erklärung finden;

Digitized by Google

Daß die Art. 1379 und 1380, da sie den Fall der Hergabe der Sache durch den Eigenthümer derselben behandeln, hierhin nicht passen;

Daß am allerwenigsten aber von einem stillschweigenden dem vermeintlichen Erben zur Seite stehenden Mandate die Rede sein kann, da die Annahme eines solchen weder in dem Gesetze noch in den Verhältnissen irgend eine Begründung findet;

J. E., daß aber selbst die verschiedenen Unterscheidungen, die die einzelnen Anhänger jener Theorie als Maaßstab deren Anwendbarkeit oder Unanwendbarkeit aufstellen, als da sind: ob es sich um den Verkauf einer einzelnen Sache oder einer Erbschaft handelt ob der Besitz des vermeintlichen Erben längere Zeit gedauert hat oder nicht, ob eine geringere oder größere Nachlässigkeit seitens der Contrahenten oder eine größere oder geringere Nachlässigkeit seitens des wahren Erben vorliegt, ob der Veräußerer ein Blutsverwandter und Intestaterbe oder ein anderer putativer Universalsuccessor ist, ob der vermeintliche Erbe sich in einem faktischen oder rechtlichen Irrthum befand, ob es sich um einen gewöhnlichen Fall oder um den Fall eines mangelhaften Titels z. B. eines falschen Testamentes handelt, oder ob endlich, wie das der Zeit nach letzte Urtheil des Pariser Cassations-Hofes lautet, ein allgemeiner und unwiderstehlicher Irrthum (erreur commune et invincible) vorliegt oder nicht, — den Nachweis liefern, daß es sich hier nur um mehr oder minder willkürliche Annahmen und Abwägungen und nicht um eine begründete rechtliche Basis handelt, welche doch allein als berechtigt anerkannt werden kann;

Daß nach diesem Allen nicht nur die Theorie von der Unanfechtbarkeit des seitens eines vermeintlichen Erben an einen gutgläubigen Dritten geschehenen Verkaufes, sondern auch insbesondere nach den angeführten Momenten des gegenwärtigen Falles die darauf gegründete Einrede gegen die unterliegende Klage zurückgewiesen werden muß, und das Urtheil wovon zu bestätigen ist, ohne daß es auf die beiderseits erbotenen Beweise noch ankommt;

J. E., sodann, daß auch bezüglich der in der Gemeinde Lennep gelegenen Wiese Art. 48 Flur II. Nr. 166, groß nach altem Maaße 50 Ruthen, nach neuem Maaße 75 Ruthen (und nicht umgekehrt in Betreff des Maaßes, wie es irrthümlich in dem Urtheile erster Instanz heißt,) die unwiderlegt gebliebene erstrichterliche Entscheidung aufrecht zu erhalten ist,

Digitized by Google

und zwar selbst trotz des Anwaltsaktes vom 7. Oktober dieses Jahres, indem ein Anwaltsakt nicht als ein genügender Akt zur Abtretung eines Grundstücks angesehen werden kann;

J. E. auf die Berufung von Flesche gegen Krinke und Lühdorf, daß hier den Ausführungen des ersten Richters lediglich beizutreten ist, und auf die Berufung von Krinke und Lühdorf gegen Heidfeld und Genossen, daß dieselbe, als nur für den Fall der Reformation des erstrichterlichen Urtheils eingelegt, durch dessen Bestätigung sich erledigt, die Kosten derselben zwar zunächst den genannten Appellanten, endgültig aber dem Hauptappellanten Flesche zur Last fallen, weil er indirect dieselben veranlaßt hat;

Aus diesen Gründen

verwirft der Appell.-Ger.-Hof die wider das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Elberfeld vom 19. Juli 1871 seitens des Ferdinand Flesche eingelegte Berufung als unbegründet, berichtigt jedoch in diesem Urtheile die Bezeichnung der in der Gemeinde Lennep gelegenen, Artikel 48 Flur II. Nr. 166 verzeichneten Wiese dahin, daß deren Größe nach altem Maaße 50 und nach neuem Maaße 75 Ruthen beträgt, und legt dem Appellanten die Kosten und Strafgelder zur Last, erklärt dadurch die seitens Krinke und Lühdorf gegen dasselbe Urtheil eingelegte Berufung für erledigt, und legt gegenüber den Appellaten den genannten Appellanten die Kosten zur Last, erklärt jedoch den Appellanten Flesche gehalten, den letztern diese Kosten zu erstatten, u. s. w.

III. Senat. Sitzung vom 24. Oktober 1873.

Advokaten: Herbertz — Franken — Schilling.

Testament. — Diktiren. — Nichtigkeit. — Notar. — Verantwortlichkeit.

Wenn ein notarielles Testament deshalb vernichtet wird, weil es dem Notar nicht in Gegenwart der Zeugen diktirt worden, obschon dies in dem Akte als geschehen beurkundet ist, so ist der Notar dafür verantwortlich und schadenserfatzpflichtig.

Er ist deshalb gehalten, dem in einem so vernichteten Testament eingesetzten Legatar, den Betrag

Digitized by Google

des Legats zu ersetzen, wenn feststeht, daß die betreffende Verfügung des Testaments so, wie sie niedergeschrieben ist, dem Willen des Testators zur Zeit der Aufnahme entsprochen hat.

Notar X — W. Bürgers und Genossen.

Der am 7. August 1867 verstorbene Rentner Wilhelm Spiecker hatte am 22. und 23. Juli desselben Jahres notarielle Testamente errichtet. Diese Testamente wurden für nichtig erklärt, weil sie nicht in Gegenwart der Zeugen diktirt seien. Mehrere der eingesetzten Legatare nahmen nun den Notar in Höhe der ihnen zugedachten Legate in Anspruch.

In erster Instanz verurtheilt, appellirte derselbe gegen die Entscheidung, und machte zur Rechtfertigung der Berufung geltend: Die Legatare müßten zur Begründung ihrer Schadensklage den Nachweis liefern, daß der Testator seine Willensäußerung zu ihren Gunsten in der vom Gesetze gewollten Weise ausgesprochen, der Notar aber bei der Beurkundung des so rite geäußerten Willens einen Fehler begangen habe. Ein solcher Nachweis sei aber nicht erbracht. Im Gegentheil seien die Testamente für nichtig erklärt worden, weil, wenn darin auch beurkundet sei, daß der Testator seinen Willen in der vorgeschriebenen Weise geäußert habe, doch in Wirklichkeit eine solche Willensäußerung nicht stattgefunden habe. Ja es sei sogar in dem Urtheil des Appellhofs im Vorprozesse als eine nicht unzweifelhafte Frage bezeichnet, ob die Testamente überhaupt die Willensmeinung des Testators enthielten. Dem entgegen wurde für die Legatare ausgeführt: Der Notar habe die Wahl, entweder seine in dem Vorprozeß abgegebene, mit dem Ergebniß der Zeugenaussagen übereinstimmende Erklärung, daß die Testamente die wahre Willensmeinung des Testators enthielten, zu widerrufen oder aufrecht zu erhalten. Er halte sie aufrecht. Dann aber liege auch ihm als dem mit der Verwaltung der freiwilligen Gerichtsbarkeit betrauten Beamten die Pflicht ob bei Vermeidung von Schadensersatz, für die Wahrung der Form Sorge zu tragen. Die Klage der Legatare sei begründet, sobald feststehe, daß der Testator die Willensäußerung zu ihren Gunsten ausgesprochen habe. Dafür daß er sie auch in der vom Gesetz gewollten Weise ausspreche, zu sorgen, sei Pflicht des Notars.

Außer diesem Hauptstreitpunkt kam noch ein Nebenpunkt zur Erörterung. Die Legatare hatten den Betrag der Legate

Digitized by Google

mit Zinsen vom Tage der Fälligkeit der Legate als Schadensersatz gefordert. Der Notar wollte nur Zinsen vom Tage der Klage entrichten.

Urtheil.

J. E., daß der Notar, wenn er die Disposition einer Parthei bekundet, die Pflicht hat, dafür Sorge zu tragen, daß dies in der gesetzlichen Form geschehe;

Daß, wenn daher bei einer Testamentsaufnahme die Nichtigkeit daraus entsteht, daß dies von dem Notar nicht geschehen, er dafür verantwortlich erscheint;

J. E., daß dies vorliegend der Fall ist, da die fraglichen Testamente deshalb vernichtet sind, weil die Verfügungen derselben dem Notar nicht in Gegenwart der Zeugen diktirt worden sind, obschon es in dem Akte als geschehen bekundet worden ist;

Daß die hieraus entstehende Pflicht des Notars zum Schadensersatz im Allgemeinen von ihm auch nicht bestritten wird;

Daß derselbe aber den Anspruch der Kläger, welche als Schadensersatz die ihnen im Testamente ausgesetzten Legate verlangen, deshalb bestreitet, weil der Testator nicht in der gesetzlichen Weise seinen Willen kundgegeben habe, — das heißt: durch Diktiren, — und sein Wille, daß die Legatare die Legate erhalten sollen, deshalb nicht gesetzlich feststehe;

J. E., daß diese jetzt streitige Frage in dem Vorprozeß noch nicht zur Entscheidung gekommen, indem nur die Garantieverbindlichkeit des Notars dem eingesetzten Erben Sturm gegenüber im Allgemeinen ausgesprochen ist, da speziellere Formulirung seiner Ansprüche dieser sich vorbehalten hatte;

J. E., daß nun allerdings, wenn die Testamente deshalb vernichtet wären, weil der Notar darin Dispositionen niedergeschrieben hätte, welche der Testator nicht gewollt hatte, sei es aus Irrthum, sei es absichtlich, in einem solchen Falle ein Anspruch auf das Legat nicht begründet sein würde, wenn das Testament deshalb vernichtet wäre;

Daß aber der bloße Umstand, daß der Notar sich von dem Willen des Testators nicht in der von dem Gesetze vorgeschriebenen Weise versichert hat, wozu er verpflichtet ist, wenn deshalb das Testament nichtig wird, nicht genügt, den Anspruch der Legatare zu beseitigen, wenn nicht sonst nachweislich das Testament dem Willen des Testators nicht entspricht;

Digitized by Google

Daß im untergebenen Falle aber genügender Grund nicht vorliegt, daran zu zweifeln, daß wirklich die beiden Testamente, so wie sie niedergeschrieben sind, dem Willen des Testators zur Zeit der Aufnahme entsprechen;

Daß nämlich auch abgesehen von den darauf bezüglichen eigenen Erklärungen des Notars in dem Vorprozeß, durch die Aussagen der Zeugen feststeht, daß in deren Gegenwart die Testamente dem Testator von dem Notar vorgelesen worden, das erste Testament zweimal, und bei jedem einzelnen Artikel auf die Frage, ob es so recht sei, der Testator seine Zustimmung zu erkennen gegeben hat, und die Zeugen aus dieser Vorlesung noch jetzt, d. h. bei ihrer Vernehmung, den Inhalt der Testamente fast vollständig haben wiedergeben können;

—.— — — — — (folgen sodann die weiteren Ausführungen über das Ergebniß der Zeugenverhöre im Vorprozeß)

J. E., daß hiernach als feststehend anzunehmen ist, daß wirklich der Testator am 22. und 23. Juli so testiren wollte, wie von dem Notar niedergeschrieben ist;

Daß aber, wenn das Testament nun nichtig ist, weil der Notar es versäumt hat, den Willen des Testators in Gegenwart der Zeugen diktiren zu lassen, nur durch diese Culpa des Notars die Legatare des ihnen zugedachten Legats verlustigt werden, und für diese Culpa der Notar den Legataren diesen Nachtheil zu ersetzen hat;

J. E., daß hiernach die Entscheidung des ersten Richters in der Hauptsache gerechtfertigt ist;

Daß insbesondere, was die Zinsen betrifft, die Legate ein halbes Jahr nach dem Tode des Erblassers zahlbar sein sollten, also am 7. Februar 1868, durch die am 21. Januar ejusd. erhobene Klage des Intestaterben, wodurch die Testamente in Frage gestellt wurden, die Kläger nicht mehr in der Lage waren, vom instituirten Erben die sofortige Zahlung der Legate zu verlangen, und eventuell zur Rückzahlung würden verpflichtet gewesen sein;

Daß dieselben daher mit Recht Zinsen seit dem 7. Februar 1868 als einen Theil des Schadens verlangen;

Daß aber mit dem Urtheil des Appellhofes vom 24. März 1870, weches die Vernichtung der Testamente bestätigte, jeder Anspruch gegen den Erben auf Zahlung der Legate erlosch und nur ein Anspruch auf Schadensersatz gegen den Notar blieb, rücksichtlich dessen eine Verzinsung erst mit der jetzigen Klage,

Digitized by Google

wodurch er geltend gemacht wird, begründet werden konnte; und das Urtheil a quo, insofern es auch für diese Periode vom 24. März 1870 bis 2. Mai 1871 Zinsen zugesprochen hat, abzuändern ist, dieser Punkt jedoch zu unbedeutend ist, um auf die Kosten Einfluß haben zu können;

Aus diesen Gründen

weist der Königl. Rhein. Appell.-Ger.-Hof, das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Düsseldorf insoweit abändernd, den Anspruch der Kläger auf Zinsen von den ihnen zuerkannten Beträgen für die Zeit vom 24. März 1870 bis 2. Mai 1871 als unbegründet ab; verwirft im Uebrigen die wider jenes Urtheil eingelegte Berufung.

II. Senat. Sitzung vom 30. Oktober 1873.

Advokaten: Pheifer — Drewcke.

Subrogation, gesetzliche gemäß Art. 1251 Nr. 1 des B. G.-B. — Beschränkung des desfallsigen Rechtes des nachstehenden Gläubigers. — Vereinigung der collidirenden Interessen der Gläubiger.

Das einem Gläubiger gemäß Art. 1251 des B. G.-B. zustehende Recht, einen andern Gläubiger, der ihm wegen seiner Privilegien oder Hypotheken vorgehen würde, zu befriedigen und dadurch Kraft Gesetzes in dessen Rechte subrogirt zu werden, erleidet alsdann eine Beschränkung, wenn die Subrogation dem vorgehenden Gläubiger selbst zum Nachtheil gereichen würde. *)

Ist in diesem Falle eine Vereinigung der collidirenden Interessen der Gläubiger möglich, so hat eine solche durch den Richter zu geschehen, andernfalls muß das Recht des nachstehenden Gläubigers dem Rechte des vorgehenden Gläubigers weichen.

Herelle und Schmitt — Marx.

Paul Dupont zu Bingen steigerte am 18. August 1864 von der Wittwe und den Erben von Johann Schmidt zu

*) Vergl. Aubry u. Rau Bd. 4, S. 181. Note 50. (neueste Ausgabe.)

Digitized by Google

Neumühle bei Büdesheim ein Grundstück für 635 Thaler an und erbaute auf demselben eilf Häuser, wovon er zehn an verschiedene Personen verkaufte. Demnach cedirte Dupont am 14. Januar 1865 die Kaufpreise der Häuser, welche am 31. Dezember 1864 an die Geschwister Christian und Katharina Stolz und an Wittwe Sebastian Schoeck und deren Tochter Gertrud Schoeck verkauft worden, an Friedrich Herelle, am 14. Juli 1865 den Kaufpreis von einem am 3. Mai 1865 an Wittwe Franz Engels verkauften Hause an Johann Schmitt und am 15. Dezember 1865 die Kaufpreise der an Hermann Galon, Wittwe Caspar Grahn, Heinrich Stolz und Friedrich Werner verkauften Häuser an Valentin Marx.

Dupont bezahlte den Steigpreis von 635 Thlr. nicht, und sah sich deshalb Marx veranlaßt, am 9. November 1867 die Erben Schmidt zu befriedigen und sich in deren Rechte subrogiren zu lassen. Demnächst leitete Marx gegen den mittlerweile in Fallitzustand gerathenen Paul Dupont resp. dessen Syndik als Schuldner und Besitzer eines Hauses und gegen die Ankäufer der übrigen Häuser mit Ausnahme der vier Häuser, deren Kaufpreise dem Marx selbst cedirt worden, als Drittbesitzer das Subhastionsverfahren bei dem Friedensgerichte in Stromberg ein und erwirkte am 17. November 1869 die Beschlagnahme-Verfügung.

Herelle und Schmitt ließen nun am 17. März 1871 dem Valentin Marx für die ganze Forderung, wofür die Subhastation betrieben wurde, ein Zahlungs-Anerbieten machen, und da die Annahme des angebotenen Betrages verweigert wurde, denselben in gesetzlicher Weise hinterlegen.

Am 27. Juni 1871 erhoben sodann Herelle und Schmidt beim Königl. Landgerichte in Koblenz gegen Marx die Klage auf Gültigkeits-Erklärung des Real-Anerbietens und der geschehenen Hinterlegung, indem sie zugleich die Subrogation in alle Rechte des Marx verlangten, welche dieser in Folge der Subrogation vom 9. November 1867 gegen den Schuldner Dupont erworben. Der Verklagte erklärte sich bereit die angebotene Summe anzunehmen und den Klägern Quittung zu ertheilen, auch dieselben in seine Rechte aus dem Akte vom 18. August 1864 zu subrogiren, jedoch nur insofern, als ihm Rechte gegen die Drittbesitzer: 1. Geschwister Christian und Katharina Stolz, 2. Wittwe Sebastian Schoeck und deren Tochter Gertrud Schoeck und

Digitized by Google

3. Wittwe Franz Engels zur Zeit der Klage zugestanden, verlangte aber zugleich Zurückweisung aller weiter gehenden Anträge der Kläger. Die letzteren beantragten eventuell, zu verordnen, daß von der verlangten Subrogation nur die Rechte bezüglich der vier an Hermann Galon, Wittwe Grahn, Heinrich Stolz und Friedrich Werner verkauften Häuser ausgeschlossen sein sollten.

Durch Urtheil vom 27. April 1872 beurkundete das Landgericht dem Verklagten Marx seine Bereitwilligkeit zum Empfange der angebotenen Summe und zur Subrogation der Kläger in der von ihm erbotenen beschränkten Weise, wies aber die weiter gehenden Anträge der Kläger als unbegründet ab, weil die Voraussetzungen des Art. 1251 Nr. 1 nicht vorhanden seien.

Auf die von den Klägern Herelle und Schmidt eingelegte Berufung erkannte der Appell.-Ger.-Hof reformatorisch wie folgt:

Urtheil.

In E., daß gemäß Art. 1251 Nr. 1 des B. G.-B. die Subrogation von Rechtswegen zu Gunsten des Gläubigers eintritt, welcher einen andern Gläubiger, der ihm rücksichtlich seiner Privilegien oder Hypotheken vorgehen würde, befriedigt;

Daß Appellant Herelle in Folge der Cession vom 14. Januar 1865 privilegirter Gläubiger der Geschwister Christian und Catharina Stolz sowie der Wittwe Sebastian Schoeck und deren Tochter Gertrud Schoeck zu Münster für die Kaufpreise, welche dieselben aus dem Kaufvertrage vom 31. Dezember 1864 für von Paul Dupont angekaufte Immobilien verschulden, und Appellant Schmidt in Folge der Cession vom 14. Juli 1865 privilegirter Gläubiger der Wittwe Franz Engels zu Münster für den Kaufpreis geworden ist, welchen dieselbe wegen am 3. Mai 1865 von demselben Dupont angekaufter Immobilien verschuldet;

Daß sodann Appellat Marx durch die Subrogation vom 9. November 1867 Eigenthümer der von Dupont aus der Versteigerung der Wittwe und Erben Johann Schmitt vom 18. August 1864 verschuldeten, auf denselben vorgedachten Realitäten privilegirt haftenden Kaufpreisforderung geworden ist, die wegen ihres Ranges den Forderungen der Appellanten vorgeht;

Daß hiernach allerdings zwischen dem Appellaten und den Appellanten ein Rechtsverhältniß sich gestaltet hat, wie der Art. 1251 Nr. 1 es zu seiner Anwendung voraussetzt;

Digitized by Google

Daß hieran auch dadurch nichts geändert wird, daß die Appellanten nur Gläubiger der genannten Ankäufer sind, Appellat aber gleichzeitig persönlicher Gläubiger von Dupont ist; vielmehr die entscheidenden Momente die sind, daß es sich untergebens auf beiden Seiten um Forderungen handelt, welche privilegirt auf denselben Grundstücken jedoch mit verschiedenem Range haften, und daß, wie nicht bestritten, für die Appellanten, ein rechtliches Interesse zur Tilgung der ihren Forderungen vorgehenden Forderung des Appellaten vorhanden ist;

Daß die Erwägung des ersten Richters, daß wenn Dupont selbst den Appellaten Marx bezahlte, derselbe nur seine eigene Schuld tilgte, und von einer Subrogation alsdann nicht die Rede sein könnte, wohl begründet sein mag, die daran geknüpfte Folgerung aber, daß ein Gleiches für die Appellanten gelten müßte, da sie als Cessionare von Dupont nicht mehr Rechte als dieser selbst ausüben könnten, keineswegs zutreffend erscheint, da die Appellanten nicht als Rechtsnachfolger des Dupont auf Grund der Cession dem Appellaten gegenüber stehen, sondern ein ihnen als Gläubiger der mehrgedachten Ankäufer zufolge der Cession zustehendes selbstständiges Recht gegen den Appellaten geltend machen;

J. E., daß, wenn nach dem Gesagten die rechtlichen Voraussetzungen zur Anwendung des Art. 1251 Nr. 1 im vorliegenden Falle gegeben sind, doch immerhin noch zu prüfen bleibt, ob die Appellanten das ihnen Kraft jenes Artikels zustehende Recht auch alsdann zur Geltung bringen könnten, wenn durch dessen Ausübung Appellat selbst, wie er behauptet, in seinen eignen Rechten gekränkt würde;

Daß diese Frage aber verneint werden muß;

Daß nämlich der Gesetzgeber bei Aufnahme des jus offerendi in das B. G.-B. wesentlich die Ausgleichung collidirender Interessen der Gläubiger im Auge hatte, und aus Rücksichten der Billigkeit dem nachstehenden Gläubiger die Möglichkeit geben wollte, durch Erwerbung des Rechtes des vorgehenden Gläubigers zu verhindern, daß dieser sein Recht in einer den nachstehenden Gläubiger benachtheiligenden Weise zur Ausübung bringe;

Daß dasselbe Prinzip der Billigkeit aber auch dem vorstehenden Gläubiger zu Gute kommen, und demgemäß das Recht des nachstehenden Gläubigers aus dem mehrgedachten Artikel da seine Gränze finden muß, wo es ohne Beeinträchtigung des

Digitized by Google

vorgehenden Gläubigers in seinen wohlerworbenen Rechten nicht zur Ausübung kommen kann;

Daß da, wo eine Vereinigung der collidirenden Interessen möglich ist, eine solche durch den Richter zu geschehen hat, andernfalls aber das Recht des nachstehenden Gläubigers dem Rechte des vorgehenden Gläubigers weichen muß;

J. E., daß eine Erwerbung der dem Appellaten durch den Akt vom 9. November 1867 übertragenen, die sämmtlichen von Dupont auf dem angesteigerten Grundstücke erbauten Häuser umfassenden privilegirten Kaufpreisforderung Seitens der Appellanten offenbar dem Appellaten insofern zum Nachtheil gereichen würde, als die Appellanten dadurch das Recht erhielten, auch gegen die Ankäufer derjenigen Häuser anzugehen, deren Kaufpreise dem Appellaten durch Akt vom 15. Dezember 1865 cedirt worden sind;

Daß nun einerseits Appellat gegen eine solche Gefahr vollständig geschützt sein würde, wenn von der gesetzlich eintretenden Subrogation diejenigen Rechte, welche sich auf jene Häuser beziehen, ausdrücklich ausgeschlossen würden, andererseits aber auch bei den gegebenen thatsächlichen Verhältnissen anzunehmen ist, daß aus der Ausschließung jener Rechte den Appellanten ein Nachtheil nicht erwachsen würde;

Daß mit einer solchen beschränkten Subrogation also den Interessen beider Parteien Rechnung getragen wird, und die Appellanten sich auch eventuell damit einverstanden erklärt haben;

Daß daher unter Abänderung der Entscheidung des ersten Richters, der eine gesetzliche Subrogation untergebens überhaupt nicht für zulässig erachtet hat, die Subrogation mit der angegebenen Beschränkung auszusprechen ist;

J. E., daß bei dem beiderseitigen Unterliegen der Parteien eine Compensation der Kosten angemessen erscheint;

Aus diesen Gründen

erklärt der Appell.-G.-Hof, unter Aufhebung des Urtheils des Königl. Landgerichts zu Koblenz vom 27. April 1872, das dem Appellaten Marx durch Akt des Gerichtsvollziehers von Uttenhofen zu Stromberg vom 17. März 1871 gemachte Zahlungsanerbieten der Summe von 937 Thlr. 1 Sgr. 5 Pfg., welche Summe der Mitappellat Paul Dupont aus der Versteigerung vom 18. August 1864 resp. gemäß Subrogation

Digitized by Google

vom 9. November 1867 an Marx schuldete, sowie die laut Akt desselben Gerichtsvollziehers vom nämlichen Tage auf dem Postbüreau zu Stromberg geschehene Hinterlegung derselben Summe für gut und gültig, und erkennt, daß durch diese Hinterlegung die Appellanten in alle diejenigen Rechte und Privilegien subrogirt sind, welche dem Appellaten Marx wegen seines gedachten Guthabens von 937 Thlr. 1 Sgr. 5 Pfge. gegen den Mitappellanten Dupont zu dieser Zeit zugestanden, mit Ausnahme jedoch aller Rechte und Privilegien, welche sich auf die Seitens des Hermann Gallon, der Wittwe Caspar Grahn, des Heinrich Stolz und des Friedrich Werner von Dupont angekauften, zu Münster bei Bingen gelegenen Häuser beziehen, erklärt ferner den Appellaten Marx gehalten, binnen 8 Tagen nach Zustellung dieses Urtheils den Appellanten die in der Beschlagnahme-Verfügung des Königl. Friedensgerichts zu Stromberg vom 17. November 1869 bezeichneten Urkunden nebst der Ausfertigung und Zustellung der Beschlagnahme-Verfügung herauszugeben, andernfalls aber als Entschädigung die für die Kosten hinterlegten 75 Thlr. zu bezahlen, nebst Zinsen vom Tage der Klage, compensirt die Kosten beider Instanzen einschließlich der Kosten des Realanerbietens und der Hinterlegung, und verordnet die Rückgabe der hinterlegten Strafgelder.

I. Senat. Sitzung vom 19. November 1873.

Advokaten: Lautz — Nacken.

Subhastation. — Rechte des evinzirten Drittbesitzers gegenüber seinem Verkäufer. — Meliorationen.

Der Ankäufer eines Grundstücks, gegen welchen wegen einer von ihm nicht übernommenen Hypothekenschuld die Subhastation stattgefunden, und der dadurch die Eviktion erlitten hat, kann in dem Collocationsverfahren über den Subhastationserlös, in welchem der Verkäufer auf Grund seines Privilegs Anweisung für den nicht gezahlten Kaufpreis verlangt, jenem mit rechtlicher Wirkung die Einrede des nichterfüllten Vertrages entgegensetzen.

Derselben Einrede kann sich der Ankäufer dem Cessionar der Kaufpreisforderung gegenüber be-

Digitized by Google

dienen, wenn er auch die Cession angenommen und den Cessionar ohne Vorbehalt als seinen Gläubiger anerkannt hat:

Die Geltendmachung jenes Einwandes darf aber nicht dazu führen, daß der Ankäufer, indem er den Erlös aus der Subhastation, soweit er nicht durch Anweisungen an Hypothekargläubiger oder privilegirte Gläubiger absorbirt wird, für sich bezieht und gleichzeitig den von ihm nicht bezahlten Kaufpreis des Grundstücks behält, sich zum Nachtheil des Verkäufers beziehungsweise dessen Cessionars bereichere.

Von einer solchen Bereicherung des Ankäufers kann aber keine Rede sein, insoweit derselbe durch die Entwährung des Grundstücks auf dem Wege der Subhastation zu Schaden gekommen ist.

Als einen solchen Schaden stellen sich auch die Kosten der von dem Ankäufer auf dem subhastirten Grundstücke gemachten Neubauten und Verbesserungen dar, und kann jener seinem Verkäufer beziehungsweise dessen Cessionar gegenüber deren Ersatz nach Maßgabe des Art. 1634 des B. G.-B. verlangen.

Krus — Hohenschurz.

Durch Akt vom 27. Februar 1866 kauften Eheleute Josua Krus von der Ehefrau Wilhelm Becker verschiedene in der Gemeinde Burg gelegene Immobilien für den Preis von 1500 Thlrn., wovon 200 Thlr. am 15. Mai 1866 und der Rest von 1300 Thlrn. nach halbjähriger Kündigung gezahlt werden sollten. Von diesem Kaufpreise cedirten Eheleute Becker durch Akt vom 26. September 1866 einen Betrag von 500 Thlrn. an den Anton Hohenschurz, welche Cession die Eheleute Krus als ihnen gehörig bekannt gemacht annahmen.

Durch Urkunden vom 3. Juni 1863 und 30. März 1865 hatten nun die Eheleute Becker die an Krus verkauften Immobilien dem Karl Tillmanns zur Hypothek gestellt für zwei Forderungen von zusammen 1000 Thlrn., bezüglich derer sofortige Fälligkeit für den Fall stipulirt war, daß die Zinsen nicht binnen 14 Tagen nach dem Verfalltage, 1. Mai, bezahlt würden, oder das Unterpfand ohne Zustimmung des Gläubigers verkauft

Digitized by Google

würde. Da nun die Eheleute Becker die am 1. Mai 1866 erfallenen einjährigen Zinsen nicht bezahlt, auch die Zustimmung des Gläubigers Tillmanns zum Verkaufe der Immobilien an Krus nicht eingeholt hatten, so leitete Tillmanns durch Zahlungsbefehl vom 14. Februar 1867 gegen Eheleute Becker als Hauptschuldner und gegen Krus als Drittbesitzer das Subhastationsverfahren ein, in Folge dessen jene Immobilien bei der Lizitation vom 8. November 1867 dem Hypothekargläubiger Karl Robert Heyderhoff für das Letztgebot von 1550 Thlrn. zugeschlagen wurden.

In dem demnächst eingeleiteten Collocationsverfahren erhielten Anweisung in dem provisorischen Vertheilungsplan: 1. Karl Tillmanns für 1000 Thlr., 2. Anton Hohenschurz für den ihm cedirten Kaufpreisantheil von 500 Thlr. und 3. Karl Robert Heyderhoff für 289 Thlr. 5. Sgr., Alles mit Zinsen und Kosten. Gegen die Anweisungen von Tillmanns und Hohenschurz erhob Krus Einspruch, indem er 1. gegen Tillmanns geltend machte: er habe auf dem subhastirten Grundstücke Verbesserungen und Neubauten gemacht und dafür 1300 Thlr. verausgabt. Als Drittbesitzer könne er gemäß Art. 2175 des B. G.-B. beanspruchen, daß der dadurch geschaffene Mehrwerth von dem Subhastationserlöse in Abzug komme, und Tillmanns nur auf den Rest angewiesen werde. 2. Zur Begründung des Einspruchs gegen Hohenschurz wurde angeführt: letzterer sei Cessionar der Eheleute Becker, der Verkäufer des Krus, und daher den Einreden unterworfen, welche jene träfen. Dadurch, daß die Eheleute Becker die am 1. Mai 1866 verfallenen Zinsen nicht bezahlt, sei die Subhastation der angekauften Immobilien herbeigeführt worden, in Folge deren die letzteren dem Gläubiger Heyderhoff zugeschlagen und so dem Krus entwährt worden. Abgesehen von anderem Schaden habe dieser den 1300 Thlr. betragenden Aufwand für seine Neubauten und Verbesserungen verloren. Der Forderung des Hohenschurz stehe demnach die Einrede des nicht erfüllten Vertrages entgegen und zwar in dem Maaße, daß ihm gar keine Forderung bleibe. Ueber die behaupteten Neubauten und Verbesserungen wurde Beweis durch Zeugen und Sachverständige erboten.

Für Hohenschurz wurde entgegnet: in dem Cessionsakte vom 26. September 1866 hätten Eheleute Krus den Cessionar Hohenschurz ausdrücklich als ihren nunmehrigen Gläubiger angenommen und sich zur Zahlung der cedirten 500 Thlr. nebst

Digitized by Google

Zinsen demselben direkt gegenüber persönlich verpflichtet. Krus könne also etwaige Ansprüche gegen die Cedenten Eheleute Becker dem Hohenschurz nicht entgegen halten. Solche Ansprüche existirten aber auch nicht. Krus habe beim Ankauf gewußt, daß auf dem angekauften Immobilar die Tillmanns'sche Forderung gehaftet, und sei es also seine Sache gewesen, die Zinsen an Tillmanns zu zahlen, jedenfalls sei Krus verpflichtet gewesen, am 15. Mai 1866 an Becker die Abschlagszahlung von 200 Thlrn. zu leisten, und dadurch letzteren in die Lage zu setzen, seinerseits die Zinsen zu berichtigen. Dieser Verpflichtung sei Krus nicht nachgekommen und habe dadurch die Subhastation selbst verschuldet. Ob Krus auf den angekauften Grundstücken Verbesserungen und Neubauten angebracht habe, sei dem Hohenschurz als seinem persönlichen Gläubiger gegenüber unerheblich. Er würde aber auch wegen derselben nur in der Höhe des dadurch erzielten Mehrwerthes zur Zeit der Subhastation einen Anspruch haben, welcher ausweise des Kaufaktes vom 27. Februar 1866 und des Lizitationsprotokolles vom 8. November 1867 höchstens 50 Thlr. betrage.

Durch Urtheil vom 20. März 1872 verwarf das Königl. Landgericht zu Elberfeld die seitens des Josua Krus gegen die Locirung von Tillmanns und Hohenschurz erhobenen Einsprüche, indem es hinsichtlich des hier allein interessirenden Einspruchs gegen Hohenschurz erwog, wie folgt:

J. E., daß Hohenschurz persönlicher Gläubiger des Krus ist, daher aus den angeblichen Verbesserungen kein Grund des Einspruchs gegen Hohenschurz hergeleitet werden kann;

Daß auch diese Opposition nur darauf gestützt wird, daß dem Opponiten die Einrede des nichterfüllten Vertrages entgegenstehe, weil er nur als Cessionar der Eheleute Becker, mithin als Inhaber der Kaufpreisforderung der letzteren, auftrete, diese aber den Kaufvertrag selbst nicht erfüllt hätten, weil ihm, dem Krus, durch ihre Schuld das Kaufobjekt entzogen worden sei;

J. E., daß dieser Einrede mit Unrecht vom Opponiten entgegengesetzt wird, daß Krus in dem Cessionsakte vom 26. September 1866 den Cessionar als seinen persönlichen Gläubiger anerkannt habe, da weder durch die Cession noch durch diese Anerkennung eine Novation der Forderung bewirkt wird, und alle die Rechtsgültigkeit der Forderung an sich betreffende Einreden, welche gegen die Cedenten statthaft sind, auch dem Cessionar gegenüber zulässig erscheinen würden;

Digitized by Google

Daß jedoch die Einrede des nichterfüllten Vertrages von der unrichtigen Voraussetzung ausgeht, daß untergebens gegen Krus die Erfüllung einer vertragsmäßigen Verpflichtung aus dem Kaufvertrage verfolgt werde;

Daß dies nur dann der Fall sein würde, wenn abgesehen von dem dem Krus durch einen Dritten, den Extrahenten der Subhastation, entwährten Kaufobjekte und dem hierin steckenden Werthe überdies noch der vertragsmäßig stipulirte Kaufpreis von ihm gefordert würde;

Daß Krus aber bisher noch keinen Kaufpreis bezahlt hat, auch ein solcher von ihm nicht verlangt wird, es sich vielmehr nur darum handelt, ob die Verkäufer für den nichtbezahlten Kaufpreis aus dem Werthe des Kaufobjektes, auf welchen ihnen das gesetzliche Privilegium zusteht, Befriedigung finden sollen;

Daß die Einrede des nichterfüllten Vertrages selbst den Eheleuten Becker gegenüber, wenn sie nicht cedirt hätten und jetzt ihr Privilegium geltend machten, nicht begründet sein würde, da auch sie eine Leistung aus dem Kaufvertrage von Krus nicht begehren würden;

Daß dagegen letzterer allerdings gegen die Eheleute Becker den Anspruch erheben könnte, daß der Kaufvertrag, weil ihm das Kaufobjekt entzogen worden ist, wegen Nichterfüllung der Verkäufer aufgelöst, er von der Verpflichtung, den Kaufpreis zu zahlen, entbunden, und die Verkäufer zum Ersatze des Schadens verurtheilt würden, wozu denn auch die angeblichen Verbesserungen, die ihm mit der Sache selbst entzogen sind, zu rechnen wären;

Daß jedoch dieser Anspruch sich nur als eine positive Schadensforderung gegen seine Mitcontrahenten, die Eheleute Becker, darstellen würde;

Daß Krus zwar diesen gegenüber, wenn sie selbst im Status angewiesen wären, berechtigt sein würde, seine Schadensforderung auch im gegenwärtigen Verfahren zu verfolgen, jedoch nur als eine seinerseits geltend zu machende Compensations-Forderung wider die gegen die Grundstücke selbst verfolgte Kaufpreisforderung, zu welcher Compensation Krus auch nur aus dem Grunde befugt sein würde, weil ihm als Drittbesitzer nach Befriedigung der Hypothekargläubiger der Rest des Subhastationserlöses zufallen muß, und er deßhalb alle Hypothekar-Forderungen bestreiten und seine persönlichen Forderungen mit denselben aufrechnen kann;

Digitized by Google

Daß jedoch dem anerkannten Cessionar Hohenschurz gegenüber die Geltendmachung dieser dem Schuldner lediglich gegen die Cedenten zustehenden Compensations-Einrede unzulässig erscheint, Art. 1295 des B. G.-B.;

Daß sonach auch die gegen Hohenschurz gerichtete Opposition nicht begründet ist.

Auf die gegen diese Entscheidung von Krus eingelegte Berufung erkannte der Appell.-Ger.-Hof reformatorisch durch folgendes

Urtheil:

In E., daß die Auffassung, auf deren Grund der erste Richter die gegen Hohenschurz erhobene Einrede des nichterfüllten Vertrages zurückgewiesen hat, unhaltbar ist, indem sie dem Appellaten Hohenschurz als privilegirtem Kaufpreisgläubiger eine unmittelbare Forderung gegen das Grundstück und ein direktes, von der Kaufpreisforderung gegen Krus zu trennendes Recht auf den im Grundstück steckenden Werth oder den Subhastationserlös zuschreibt, was wenigstens mit dem Rheinischen Hypothekenrecht nicht zu vereinigen ist;

Daß Krus durch seinen Ankauf Eigenthümer des später von Tillmanns als Hypothekargläubiger gegen ihn subhastirten Grundstücks wurde, wenn er auch den Kaufpreis an seine Verkäufer, Eheleute Becker, noch nicht bezahlt hat, und daß sonach auch ihm, Krus, der Subhastationserlös zusteht, soweit er nicht durch Anweisungen an Hypothekargläubiger oder privilegirte Gläubiger absorbirt wird;

Daß auch weder der Subhastation gegen Krus noch dem Umstande, daß er seinen Kaufpreis an die Eheleute Becker noch nicht gezahlt hat, noch der von ihm selbst jetzt erhobenen Einrede des nichterfüllten Contrakts die Wirkung zugeschrieben werden kann, daß die Sache so anzusehen wäre, als ob der Kaufvertrag zwischen Becker und Krus aufgelöst wäre, und als ob die Eheleute Becker beziehungsweise deren Cessionar Hohenschurz den aus der Subhastation entsprungenen Erlös, als ihnen vermöge dieser Auflösung zuständig, in Anspruch zu nehmen hätten;

Daß Hohenschurz, indem er in der Collokation aus dem Erlös der gegen Krus durchgeführten Subhastation für den ihm cedirten Theil der Kaufpreisforderung der Eheleute Becker Befriedigung sucht, diese Kaufpreisforderung zur Ausübung des ihr anklebenden Hypotheken- oder Privilegienrechtes geltend macht, und daher, sowie der Subhastat in der Regel, so auch hier der

Digitized by Google

Subhastat Krus befugt ist, das Bestehen und die Wirksamkeit der Forderung selbst, ohne welche das accessorische Recht der Hypothek oder des Privilegs nicht bestehen kann, zu contestiren;

J. E., daß nun die Subhastation gegen Krus auf Grund einer hypothekarischen Forderung erfolgt ist, welche zu Gunsten von Tillmanns gegen die Verkäufer des Krus, Eheleute Becker, bestand und von Krus bei seinem Ankauf nicht übernommen, auch im Kaufakt nicht angegeben war, und daher Krus wegen der Eviktion des Kaufobjektes mit Recht der Kaufpreisforderung die Einrede des nicht erfüllten Vertrages entgegensetzt;

Daß Hohenschurz, um sich dieser Einrede zu entziehen, sich vergebens darauf beruft, daß Krus die Cession angenommen und ihn ohne einen Vorbehalt als seinen Gläubiger anerkannt habe, indem dadurch die Natur der cedirten Forderung selbst als einer aus dem zweiseitigen Kaufvertrag herrührenden und durch dessen Erfüllung bedingten nicht alterirt worden ist, und eine Novation durch Substituirung einer neuen Schuld nicht stattgefunden hat;

Daß Hohenschurz zwar ferner behauptet, daß Krus die Entwährung selbst verschuldet habe, jedoch für diese Behauptung einen genügenden rechtlichen Grund nicht anzugeben vermag, indem er dieselbe lediglich darauf stützt, daß, obgleich Krus, wie er zugebe, durch den am 1. Mai 1866 ausgestellten Hypothekenauszug die Existenz der Tillmanns'schen Hypothek erfahren, und, obgleich er dem Kaufvertrage gemäß am 15. Mai 1866 eine Abschlagzahlung von 200 Thlrn. auf den Kaufpreis zu leisten gehabt habe, weder die Zinsen an Tillmanns gezahlt, noch auch durch Zahlung der Kapitalsumme von 200 Thlrn. an die Eheleute Becker diese in die Lage gesetzt habe, ihrerseits die Zinsen an Tillmanns zu entrichten;

Daß dieses Alles aber nicht zutreffend ist, da Krus nicht verpflichtet war, einen Zinsrückstand, den er nicht übernommen hatte, und dessen Dasein und Umfang ihm unbekannt war, an den ihm fremden Tillmanns zu entrichten, und da, was die 200 Thlr. betrifft, die Zahlung dieser Summe an die Eheleute Becker mit der Zinszahlung an Tillmanns in keiner rechtlichen Verbindung steht, die Annahme, daß die Eheleute Becker die Zinsen an Tillmanns aus diesen 200 Thlrn. gezahlt haben würden, wenn sie die letzteren von Krus erhalten hätten, lediglich eine Unterstellung ist, und da auch Krus Angesichts der Tillmanns'schen Hypothek und der drohenden Eviktion keine

Digitized by Google

Verpflichtung hatte, die Kapitalrate von 200 Thlrn. an die Eheleute Becker zu zahlen;

J. E., daß sich jedoch durch die dem Appellaten Hohenschurz entgegengesetzte Einrede des nicht erfüllten Vertrages die Sache nicht einfach ohne weiteres zu dessen Nachtheil erledigt;

Daß nämlich bei dieser Einrede in Betracht kommt, daß sie nicht wirksam sein kann, insoweit sie zur Bereicherung des Krus auf Kosten des Hohenschurz führen würde, ihr insoweit also eine Replik des letzteren entgegensteht;

Daß nun der durch die Subhastation der Grundstücke erlöste Preis, soweit nicht Hypothekargläubiger darauf angewiesen werden, dem Subhastaten Krus beziehungsweise dessen Gläubigern zukommt, und dies Geld nicht evincirt wird, Krus aber im Verhältniß zu Hohenschurz nicht zugleich die Sache beziehungsweise den an ihre Stelle getretenen Subhastationserlös und auch den von ihm nicht bezahlten Kaufpreis des Grundstücks behalten kann, ohne sich zum Schaden des Hohenschurz zu bereichern;

Daß auf der anderen Seite von einer Bereicherung des Krus keine Rede sein kann, insoweit er durch die Entwährung der Grundstücke auf dem Wege der Subhastation zu Schaden gekommen ist;

Daß beide Gesichtspunkte im gegenwärtigen Verfahren in Verbindung mit einander geltend zu machen und durchzuführen sind, und es eine unrichtige Auffassung des ersten Richters ist, wenn er den Anspruch des Krus auf Entschädigung, soweit er hier geltend gemacht wird, für eine zur Compensation der Kaufpreisforderung erhobene Gegenforderung an die Eheleute Becker hält, welche gemäß Art. 1295 des B. G.-B. dem Cessionar Hohenschurz nicht entgegengesetzt werden könne;

Daß der Schadens-Anspruch des Krus hier nicht als eine Forderung, sei es zu einer Reconvention sei es zu einer Compensation, geltend gemacht wird, wohl aber dazu dient, um der dem Hohenschurz, wie oben ausgeführt, zustehenden Replik aus der Bereicherung des Krus durch den Subhastationserlös duplicando zu begegnen, und die Replik, soweit ein Schaden des Krus vorliegt, unwirksam zu machen;

J. E., daß von Krus außer dem Anspruch auf Ersatz der Verwendungen ein besonderer Schaden aus der Entwährung nicht artikulirt ist, jene Verwendungen aber hier allerdings in Betracht kommen, und in dieser Beziehung nicht der Art. 2175 des B. G.-B., welcher ein Rechtsverhältniß zwischen Dritt-

Digitized by Google

besitzern und Hypothekargläubigern betrifft, in Anwendung kommen kann, da Krus im Verhältniß zu Hohenschurz nicht Drittbesitzer sondern persönlicher Schuldner und Subhastat ist, sondern der Art. 1634 des B. G.-B. maaßgebend wäre, wenn es sich von einer Klage gegen die Eheleute Becker handelte, sein Prinzip aber offenbar auch hier bei der Einrede gegen Hohenschurz gilt, und Krus nicht bereichert ist, soweit er beschädigt ist, Hohenschurz aber nur soweit von der Einrede des nichterfüllten Vertrags nicht getroffen wird, als Krus bereichert sein würde;

J. E., daß nun der ganze Subhastationserlös 1550 Thlr. nebst Zinsen seit dem 3. November 1867 beträgt;

Daß hierauf Tillmanns für 919 Thlr. nebst Zinsen seit dem 12. April 1871 und ferner für einen Zinsenrückstand von 100 Thlrn. Anweisung erhalten hat, so daß also nicht ganz 600 Thlr. übrig bleiben, auf welche Hohenschurz locirt worden ist;

Daß es daher nach dem Ausgeführten zur Begründung des gegen diese Locirung erhobenen Einspruchs genügt, wenn Krus die von ihm behaupteten, von Hohenschurz bestrittenen Neubauten und Meliorationen bewerkstelligt und dafür wenigstens 600 Thlr. verausgabt hat;

Daß Krus den Beweis hierüber in geeigneter Weise erbietet;

Aus diesen Gründen

läßt der Appellationsgerichtshof den Appellanten zum Beweise auch durch Zeugen darüber zu (folgen nun die bezüglich der Neubauten und Verbesserungen artikulirten Thatsachen); verordnet sodann ein Gutachten dreier Sachverständiger, welchen die Zeugenverhöre vorzulegen sind, darüber, ob diese Neubauten und Meliorationen einen Kostenaufwand von 600 Thlrn. oder wieviel weniger verursacht haben; bestimmt zum Antritt des Zeugenbeweises u. s. w.

I. Senat. Sitzung vom 26. November 1873.

Advokaten: Widenmann — Schilling.

Contumacial-Urtheil. — Einspruch. — Incompetenz-Einrede.

Wenn durch Contumacial-Urtheil gegen den Kläger die Incompetenz-Einrede des Verklagten ver-

Digitized by Google

worfen, die Klage aber abgewiesen wird, so behält Verklagter das Recht, im Falle eines Einspruchs die Einrede der Incompetenz wieder vorzubringen, ohne daß es seinerseits eines Rechtsmittels gegen das Contumacial-Urtheil bedürfte.

Berger — Nahm.

III. Senat. Sitzung vom 28. November 1873.

Advokaten: Ehrhard — Herbertz.

Falliment. — Hypotheken-Erwerbung. — Nichtigkeit. — Concordat.

Die gemäß Art. 444 Nr. 3 der Novelle zum Rhein. Handels-G.-B. vom 9. Mai 1859 eintretende Nichtigkeit einer seit dem Tage der Zahlungs-Einstellung oder innerhalb der nächst vorhergegangenen zehn Tage erworbenen Hypothek kann nicht von dem Falliten in seinem eigenen Interesse geltend gemacht werden.

Diesem gegenüber äußert eine in der gedachten Zeit erworbene Hypothek vielmehr ihre volle rechtliche Wirkung und erleidet auch durch den Abschluß eines Concordates keine Beeinträchtigung. *)

Urtheil:

In E., daß Appellant gegen den ihm Seitens der Appellatin auf Grund mehrerer Urtheile des Königl. Handelsgerichts zu Köln am 25. April 1872 zugestellten Zahlungsbefehl aus dem Grunde Einspruch erhoben, weil — wie thatsächlich feststeht — jene Urtheile und die auf Grund derselben bewirkte General-Inscription in die Zeit zwischen dem Tage der Zahlungs-Einstellung und der Falliterklärung des Appellanten gefallen; Appellatin also keine Hypothekarrechte erlangt, und daher nicht den vollen Betrag ihrer judikatmäßigen Forderungen, sondern nur die durch Concordat festgesetzte Dividende von 20 Prozent beanspruchen könne;

In E., daß nun allerdings nach Art. 444 Nro. 3 der Novelle vom 9. Mai 1859 eine durch Urtheil nach der Zahlungs-

*) Ueber den Einfluß des Concordats auf die Rechte der Hypothekar-Gläubiger überhaupt vergl. Rhein. Archiv Bd. 55. II. A. S. 85, Bd. 57. I. S. 252, Bd. 59. II. A. S. 39.

Digitized by Google

Einstellung bewirkte Erwerbung einer Hypothek in Beziehung auf die Gläubigerschaft nichtig ist;

Daß hieraus folgt, daß Appellatin den übrigen Gläubigern des Appellanten gegenüber nur die Rechte einer Chirographar-Gläubigerin erlangt hat, und zu deren Nachtheil von dem durch die gedachten Urtheile und deren Eintragung erworbenen Hypothekarrechte keinen Gebrauch machen kann;

Daß dies insbesondere auch bezüglich des am 21. Oktober 1871 zwischen dem Appellanten und seinen Gläubigern abgeschlossenen und am 29. November ejusd. gerichtlich bestätigten Concordates gilt, und demzufolge das gemäß Art. 524 des Rhein. Handels-Gesetzbuches den Chirographar-Gläubigern zur Sicherung der concordatsmäßigen Dividende auf die Immobilien des Falliten zustehende Hypothekarrecht durch die von der Appellatin erworbene Hypothek keine Beeinträchtigung erleiden konnte und noch erleiden kann, ihnen gegenüber vielmehr jene Immobilien frei von dem Hypothekarrechte der Appellatin in den Besitz des Appellanten zurückgelangt sind;

J. E., daß es aber nach der Fassung des bezogenen Art. 444 nicht zweifelhaft sein kann, daß der Fallit selbst in seinem eigenen Interesse die Nichtigkeit einer solchen, in der Zwischenzeit zwischen der Eröffnung und der Erklärung des Falliments von einem Gläubiger erworbenen Hypothek geltend zu machen nicht befugt ist, diese ihnen gegenüber vielmehr volle rechtliche Wirkung hat;

Daß hieran auch untergebens durch das Zustandekommen eines Concordates nichts geändert worden;

Daß, wenn nämlich auch, da Appellatin zur Anmeldung ihrer Forderungen gehörig aufgefordet worden, das Concordat durch die gerichtliche Bestätigung auch für sie volle Verbindlichkeit erlangt hat, dadurch doch die Stellung der Appellatin als Hypothekar-Gläubigerin dem Appellanten gegenüber nicht alterirt worden;

Daß, wie überhaupt das Concordat nur ein Rechtsverhältniß zwischen dem Falliten und dessen persönlichen Gläubigern darstellt, welches ohne Mitwirkung der Hypothekar-Gläubiger zu Stande kommt, und daher auch deren Rechten nicht präjudiziren kann, so auch im vorliegenden Falle durch das Concordat nur die Rechte der Appellatin als Chirographar-Gläubigerin dem Appellanten gegenüber fixirt worden, deren Hypothekarrechte aber unberührt geblieben sind, und ein Verzicht auf die-

Digitized by Google

selben um so weniger angenommen werden kann, als Appellantin bei Abschluß des Concordates nicht mitgewirkt, und auch die Empfangnahme der durch dasselbe festgesetzten Dividende bis jetzt geweigert hat;

J. E., daß hiernach die Appellatin für den vollen Betrag ihrer judikatmäßigen Forderungen auf Grund ihrer General-Hypothek in dem Immobilar-Vermögen des Appellanten ihre Befriedigung suchen kann, und zwar in dem zur Zeit der Eintragung besessenen nicht weniger als in dem etwa später erworbenen, so daß also der subsidiarisch von dem Appellanten erbotene Beweis, daß er zur Zeit des ihm gemachten Zahlungsbefehls und gegenwärtig nur noch die nämlichen Immobilien eigenthümlich besessen habe, resp. besitze, welche er zur Zeit der Zahlungs-Einstellung und der Falliterklärung im Eigenthum gehabt, völlig unerheblich erscheint;

J. E., daß nach allen dem der erste Richter den Einspruch des Appellanten gegen den Zahlungsbefehl vom 25. April 1872 mit Recht als unbegründet verworfen hat;

Aus diesen Gründen

verwirft der Appell.-Ger.-Hof die Berufung von dem Urtheile des Königl. Landgerichts zu Köln vom 27. Juli 1872 mit Strafe und Kosten.

I. Senat. Sitzung vom 3. Dezember 1873.

Advokaten: Franken — Nacken.

Katholisches Pfarrhaus. — Beitragspflicht. — Pfarrgemeinde. — Civilgemeinde.

Eine zu einer katholischen Pfarrei eingepfarrte Civilgemeinde ist, wenn sich keine seßhaften katholischen Einwohner darin befinden, zu den Kosten des katholischen Cultus insbesondere der Wohnung des Pfarrers beizutragen nicht verpflichtet.*)

Gemeinde Hausen — Gemeinde Crummenau u. Conf.

Im Jahre 1869 wurde seitens der katholischen Pfarrgemeinde Rhaunen ein zur Pfarrwohnung bestimmtes Haus für 4800 Thlr. angekauft, und dieser Kaufpreis auf die einzelnen die Bürgermeisterei bildenden zur katholischen Pfarrei eingepfarrten Civilgemeinden umgelegt, wobei auf die Gemeinde Hausen ein Betrag von 356

*) Vergl. Rhein. Archiv Bd. 62, II. A. S. 28, 47 und 88.

Digitized by Google

Thlr. 1 Sgr. 7 Pfg. fiel, zu deſſen Zahlung ſie im Verwaltungswege angehalten wurde.

Mittelſt Ladungen vom 12. und 15. April 1872 erhob dieſelbe gegen die übrigen eingepfarrten Gemeinden beim Königl. Landgerichte zu Trier Klage auf Rückzahlung des gedachten Betrages aus dem Grunde, weil ſie weder damals noch zur Zeit der Umlegung und Zahlung ein bei ihr ſeßhaftes katholiſches Gemeindeglied gehabt habe. Von Seiten der verklagten Gemeinden wurde Abweiſung der Klage beantragt, weil die nicht beſtrittene Thatſache der formellen Einpfarrung zur katholiſchen Pfarrei Rhaunen die Beitragspflicht der Civilgemeinde zu den Cultuskoſten begründe, ohne daß es auf die Confeſſion der Einwohner ankomme, übrigens werde aber auch behauptet, daß ſeit der Circumſcription der Pfarreien im Regierungsbezirk Trier bis jetzt ununterbrochen Einwohner katholiſcher Confeſſion in der klägeriſchen Gemeinde gewohnt hätten.

Das Königl. Landgericht zu Trier hat, indem es dieſe thätſächliche Frage für unerheblich hielt, und die Beitragspflicht der klägeriſchen Gemeinde durch die betreffenden Geſetze begründet erachtete, durch Urtheil vom 3. Juli 1872 die Klage abgewieſen.

Auf die hiergegen von der klägeriſchen Gemeinde Hauſen eingeleg te Berufung erkannte der Appell.-Ger.-Hof reformatoriſch wie folgt:

J. E., daß die Eintheilung des Staatsgebietes in Pfarreien und andere kirchliche Bezirke, welche in den durch das Decret vom 18. Germinal X publizirten organiſchen Artikeln für den katholiſchen Cultus, entſprechend der darin erwähnten mit dem Papſte eben abgeſchloſſenen Convention, vorgeſehen iſt, ebenſo nur zum Zwecke haben konnte, für die Katholiſchen des Landes eine Grundlage zur Regelung ihrer Cultusverhältniſſe zu ſchaffen, wie dies durch die Bildung von Konſiſtorialbezirken, deren in den gleichzeitig publizirten Artikeln für die proteſtantiſchen Culte gedacht iſt, nur für die betreffenden Evangeliſchen geſchieht;

Daß ſo wenig unzweifelhaft durch dieſe Gebietseintheilung, die in einem der zu bildenden Pfarrbezirke wohnenden einzelnen Evangeliſchen zu Genoſſen der katholiſchen Pfarre haben erklärt werden ſollen, ebenſowenig anzunehmen iſt, daß die von den Grenzen eines der katholiſchen Pfarrbezirke umſchloſſenen Civilgemeinden, welche lediglich von Proteſtanten bewohnt ſind, und deren Inſaſſen demnach in keinen Beziehungen der Seelſorge

Digitized by Google

zum katholischen Pfarrer stehen, desungeachtet der katholischen Pfarre angehörig erklärt oder doch in einen rechtlichen Nexus zu derselben haben versetzt werden sollen;

Daß letzteres nur von den Civilgemeinden angenommen werden kann, in welchen ein Bedürfniß katholischer Seelsorge dadurch vorhanden ist, daß ihre Einwohner, wenn nicht ausschließlich, doch zum Theil dem katholischen Bekenntnisse angehören;

Daß nur Gemeinden dieser Art zu denjenigen gerechnet werden können, welchen in den zur Ausführung des katholisch-organischen Art. 76 erlassenen Gesetze vom 30. Dezember 1809 durch den Art. 92 die Pflicht auferlegt ist, für Beschaffung des katholischen Pfarrhauses zu sorgen;

Daß für das correlate Verhältniß der confessionell gemischten Gemeinde zum protestantischen Pfarrer der Grundsatz, daß die gedachte Verpflichtung durch die Theilnahme an der Seelsorge bedingt ist, im Gesetze vom 5. Mai 1806 ausdrücklich anerkannt ist; derselbe aber auch als allgemein gültig aus dem Wesen der Dinge ebenso wie aus dem Zusammenhange der citirten Bestimmungen so nothwendig folgt, daß es seiner besondern Hervorhebung in dem Gesetze von 1809 nicht bedurfte; wie er denn auch den Grundgedanken des Gesetzes vom 14. März 1845 betreffend die Kosten der kirchlichen Bedürfnisse bildet, und durch dasselbe auch für die neuere Gesetzgebung als maßgebend anerkannt erscheint;

Daß die Klage der Appellantin auf Erstattung dessen, was sie auf Anordnung der Verwaltungsbehörde zur Beschaffung des katholischen Pfarrhauses zu Rhaunen bezahlt hat, eine Berufung auf rechtliches Gehör darstellt, welcher gegenüber die appellatischen, ihre durch den Art. 92 cit. begründete Verpflichtung nicht bestreitenden Gemeinden die Thatsachen, welche den vorstehenden Grundsätzen gemäß die Voraussetzung der Mitverpflichtung der Appellantin bilden, zu beweisen haben;

Daß die Appellaten diesen Beweis in relevanter und zulässiger Weise erboten haben;

Aus diesen Gründen

läßt der Appell.-Ger.-Hof die Appellaten zum Beweise auch durch Zeugen darüber zu, daß sowohl zur Zeit der in Folge der organischen Artikeln vom Jahre X stattgefundenen Circumscription der Pfarreien im heutigen Regierungs-Bezirke Trier, wobei die appellantische Gemeinde dem Pfarrbezirke Rhaunen zugetheilt wurde, als auch seither und bis heute und insbe-

Digitized by Google

sondere zur Zeit des Ankaufes des katholischen Pfarrhauses in Rhaunen ununterbrochen in der appellantischen Gemeinde katholische Einwohner und zwar nicht nur Dienstboten, sondern auch ansässige Leute gewohnt haben, beauftragt mit der Abhörung der Zeugen das Königl. Friedensgericht zu Rhaunen u. s. w.

II. Senat. Sitzung vom 19. Dezember 1873.

Advokaten: Lautz — Ehrhard.

Berufbarkeit. — Appellable Summe. — Verbindung zweier Klagen.

Ist die Verbindung zweier selbstständigen Klagen, wovon nur eine eine appellable Summe zum Gegenstande hat, dem gemeinschaftlichen Antrage der Parteien gemäß verfügt, und in **einem** Urtheile über beide Klagen erkannt worden, so ist die Berufung auch bezüglich der Klage zulässig, deren Betrag an sich nicht appellabel ist.

Rademacher — Rütters.

Am 10. September 1870 erhob Rademacher gegen Rütters Klage zum Königl. Landgerichte in Aachen dahin gehend, daß Verklagter verurtheilt werde, dem Kläger 106 Thlr. 3 Sgr. 3 Pfge. als Hälfte derjenigen Kosten zu bezahlen, welche Kläger habe verwenden müssen, um die gemeinschaftliche Scheidemauer zwischen den beiderseitigen Häusern der polizeilichen Aufforderung entsprechend herzustellen. Am 24. September stellte sodann Rütters gegen Rademacher eine Klage an, worin er Beseitigung der in seinem Hause in Folge der von dem Verklagten auf seinem Eigenthum vorgenommenen Bauten entstandenen Beschädigungen, Ersatz des Minderwerthes des Hauses und des Verlustes an Miethe verlangte. Das Landgericht verfügte in seinem Vorbescheide vom 26. November 1870 dem gemeinschaftlichen Antrage der Parteien gemäß die Verbindung der beiden Klagen, und entschied definitiv über dieselben durch Urtheil vom 7. Dezember 1872, indem es die Klage des Rademacher abwies und denselben der Klage des Rütters gemäß zu einem näher zu liquidirenden Schadensersatze verurtheilte.

Gegen dieses Erkenntniß legte Rademacher die Berufung ein, welcher, insoweit sie sich auf die von dem Appellanten erhobene Klage bezog, Seitens des Rütters vor Allem die Einrede der Unannehmbarkeit Mangels einer appellabeln Summe

Digitized by Google

entgegengesetzt wurde, indem jene Klage nur den Betrag von 106 Thlr. 3 Sgr. 3 Pfge. zum Gegenstande habe.

Der Appellations-Gerichtshof verwarf diese Einrede aus folgenden Gründen:

In. E., daß es nur um die Berufung wider ein einziges Urtheil sich handelt, und hieran der Umstand, daß die von beiden Theilen gegeneinander verfolgten Ansprüche mittelst zweier selbstständigen Klagen vor den Richter gebracht worden sind, nichts ändern kann, indem durch die auf den Antrag beider Theile in Berücksichtigung des inneren Zusammenhanges beider Klagen geschehene Verbindung derselben auch formell eine Einheit der Procedur und der richterlichen Entscheidung hergestellt worden ist, die sich in nichts von derjenigen unterscheidet, die vorliegen würde, wenn das Petitum der zuletzt erhobenen Klage in der Form einer Reconvention angebracht worden wäre;

Daß demzufolge aber auch von einer Wiederauflösung der prozessualisch fixirten Einheit der Procedur und des ergangenen Erkenntnisses bezüglich der Frage der Appellabilität keine Rede sein kann; die erhobene Einrede somit nicht gerechtfertigt ist.

II. Senat. Sitzung vom 19. Dezember 1873.

Advokaten: Schilling — Wallraf.

Accreditiv. — Zahlungsmandat. — Indossament.

Ein Accreditiv enthält nur ein Zahlungsmandat an den Assignaten und drückt keine Verpflichtung des Ausstellers resp. des Assignaten gegen den Assignatar aus, noch viel weniger bildet es den Träger eines Forderungsrechtes selbst. Es kann also auch durch dessen Indossirung der Indossatar keine Rechte gegen den Aussteller oder Assignaten erwerben. *)

Hoyack — Prag.

Urtheil.

In. E., daß das von dem appellatischen Handlungshause unter'm 20. Juni 1872 ausgestellte Schriftstück, inhaltlich dessen der Aussteller Prag bei der Adressatin eine bestimmte Geldsumme zur Verfügung des Siegm. Jaeger stellt und die-

*) Vergl. das Urtheil des I. Senats vom 11. Februar 1873 in diesem Bande S. 46.

Digitized by Google

selbe ersucht, den genannten Betrag im Benutzungsfalle am 20. Juli gegen Quittung für seine — des Ausstellers — Rechnung auszuzahlen, mit dem ersten Richter sich unzweifelhaft nur als einfaches Zahlungsmandat an den Adressaten auffassen läßt, indem es im Gegensatze zu einem Wechsel oder einem zufolge der Art. 301 und 303 des H.-G.-B. indossabeln Verpflichtungsscheine weder eine Verpflichtung des Ausstellers resp. des Adressaten gegen den Inhaber ausdrückt noch viel weniger aber den Träger des Forderungsrechtes selbst bildet;

Daß dieses nicht nur aus dem Umstande, daß die Zahlung gegen Quittung — also nicht wie beim Wechsel oder einem Ordre-Papier gegen Aushändigung der das Forderungsrecht tragenden Scriptur — erfolgen soll, sondern insbesondere auch aus der Erwägung sich ergeben muß, daß, nachdem der Adressat dem Mandate nachzukommen sich geweigert hätte, der Inhaber zur Begründung eines Regreßanspruchs gegen den Aussteller sich doch unmöglich bloß auf den Besitz des Creditbriefes würde berufen können, vielmehr sowohl den Gegenstand wie das Fundament einer Klage gegen den Aussteller lediglich in seinen, ganz neben diesem Creditbrief liegenden geschäftlichen oder rechtlichen Beziehungen zum Aussteller aufzusuchen hätte, die zur Ertheilung des Accreditiv's Anlaß gegeben;

J. E., daß an obiger Auffassung insbesondere auch durch die Worte „zur Verfügung" nichts geändert wird, indem der Annahme, daß der Inhaber des Schriftstückes ein durch dieses selbst gegebenes indossables Forderungsrecht erhalten sollte, zunächst schon der Gebrauch des Wortes: „Verfügung" statt des für indossable Papier characteristischen Wortes: „Ordre", vollends aber die Wortstellung: „Stelle zur Verfügung" im Wege steht;

J. E., daß die Indossirung des Accreditivs auf die Appellantin derselben keine anderen Rechte gegen den Aussteller verleihen konnte, als welche dem Indossanten auf Grund des Accreditivs gegen den Creditgeber zustanden; daß somit aber bei der nachgewiesenen Inhaltlosigkeit dieser Rechte der appellantische Anspruch vom ersten Richter mit Recht zurückgewiesen worden ist;

Daß zwar Appellantin sich dermalen noch zum Beweise erbietet, daß Appellat Prag am Tage der Ausstellung resp. Aushändigung des Accreditiv's den Accreditirten für die angegebene Summe in seinen Büchern belastet habe;

Digitized by Google

Daß aber sowohl diese wie alle anderen damit in Verbindung stehenden Articulationen, wie die Anzeige dieser Belastung an den Accreditirten, und die nachträgliche Wiederaufhebung derselben ganz unerheblich sind, da durch die behaupteten Thatsachen an dem rechtlichen Wesen des Scriptums, auf das sich der appellatische Anspruch stützt, nichts geändert werden kann;

Aus diesen Gründen

verwirft der Appell.-Ger.-Hof die wider das Urtheil des Kgl. Handelsgerichts zu Düsseldorf vom 10. Januar 1873 eingelegte Berufung unter Verurtheilung der Appellantin in Strafe und die Kosten.

II. Senat. Sitzung vom 20. Dezember 1873.

Advokaten: Pheifer — Nacken.

Retentionsrecht, kaufmännisches. — Eventuelle Forderung. — Unbefugte Retention einer refüsirten Waare. — Folgen derselben.

Der Käufer, welcher die empfangene Waare als nicht mustermäßig refüsirt, und die Lieferung besserer Waare verlangt, ist nicht befugt, um den Verkäufer zu dieser Lieferung zu nöthigen, und um sich für seine eventuelle Schadensersatz-Forderung wegen Nichterfüllung des Kaufvertrages zu sichern, ein Retentionsrecht an der zur Disposition gestellten Waare auszuüben.

Eine solche unbefugte Zurückbehaltung der Waare berechtigt aber den Verkäufer nicht, deren Kaufpreis von dem Ankäufer zu verlangen.

Hecht — Bauer.

Im November 1872 kaufte die Handlung Gebrüder Hecht in Aachen von den Fabrikanten Otto Bauer zu Brünn eine Partie wollener Tuche, beanstandete aber die mit Faktura vom 28. Dezember 1872 empfangene Sendung eines Theiles der Waare, weil diese nicht den zur Zeit eingesandten Mustern entspreche, und zeigte dies dem Verkäufer am 15. Januar 1873 mit dem gleichzeitigen Ersuchen an, ihr bessere Waare

Digitized by Google

zuzusenden und alsdann über die in ihrem Besitze befindlichen Stücke Tuch anderweitig zu verfügen. Mittelst Schreiben vom 23. Januar verlangte Bauer die sofortige Rücksendung der übersandten Stücke, indem er die Ankäuferin für allen ihm aus deren fernerer Vorenthaltung entstehenden Schaden verantwortlich machte, stellte sodann aber die Lieferung anderer Waare in Aussicht. Durch Schreiben vom 26. Januar erwiderten die Gebrüder Hecht, daß sie auf Lieferung der ihnen verkauften Waare beständen, und die empfangenen Stücke zurückbehielten, um sich im Falle der nicht conformen Lieferung für den ihnen entgangenen Nutzen schadlos zu halten.

Da die weiteren Verhandlungen wegen Lieferung anderer Waare zu keinem Resultate führten, und die Gebrüder Hecht fortwährend die Rückgabe der empfangenen Stücke bis dahin verweigerten, daß ihnen der durch Nichtlieferung mustermäßiger Waare angeblich entgangene Gewinn von 465 Thlr. 19 Sgr. vergütet werde, so erhob Bauer am 3. Juni 1873 beim Königl. Handelsgerichte zu Aachen Klage gegen die Handlung Gebrüder Hecht auf Zahlung des Fakturabetrages von 755 Thlrn. 19 Sgr. mit Zinsen zu 6 Prozent seit 1. Januar 1873. Die Verklagte trug auf Abweisung der Klage an, weil nur eine theilweise Lieferung der gekauften Waaren stattgefunden, und die gelieferten Stücke nicht den Mustern entsprächen, und verlangte mittelst einer Widerklage die Verurtheilung des Klägers zu dem gedachten Betrage von 465 Thlr. 19 Sgr. als ihr entgangenen Gewinn; eventuell erklärte dieselbe sich zur Ausantwortung der empfangenen Stücke Tuch bereit. Subsidiarisch erbot die Verklagte den Beweis durch Sachverständige, daß die ihr übersandten Stücke den Mustern nicht entsprechend und von bedeutend schlechterer Qualität seien, sowie durch Zeugen darüber, daß sie die für den Betrag von im Ganzen 1319 Thlr. 20 Sgr. bestellte Waaren für 1785 Thlr. 9 Sgr. an verschiedene Abnehmer bereits verkauft gehabt.

Durch Erkenntniß vom 14. Juli 1873 verurtheilte das Königl. Handelsgericht die Verklagte zur Zahlung des eingeklagten Betrages nebst Zinsen und Kosten, indem es vorerst ausführte, daß Verklagte an den ihr übersendeten, von ihr aber beanstandeten Waaren ein Retentionsrecht im Sinne des Art. 313 des Allgem. Deutschen H.-G.-B. nicht habe ausüben können, und sodann erwog: daß, wenn hiernach feststehe, daß Beklagte nicht berechtigt gewesen, die von ihr beanstandeten

Digitized by Google

Waaren dem Kläger vorzuenthalten, es sich frage, ob sie nun diese Waaren zu bezahlen, oder nur dem Kläger den etwa aus der rechtswidrigen Zurückbehaltung entstandenen Schaden zu ersetzen habe; daß mit Rücksicht auf ihr willkürliches, gegen Treue und Glauben verstoßendes Verfahren die Verklagte um so mehr gehalten erscheine, die Waare zu behalten und zu bezahlen, als dieselbe aus der Mode unterworfenen Sommerstoffen bestanden, und jetzt nach sechsmonatelangem Lagern bei der Verklagten für den Kläger nach ordnungsmäßigem Geschäftsgange nicht mehr zu verwerthen sei.

Gegen dieses Urtheil ergriff Verklagte die Berufung und beantragte, die Klage des Appellaten abzuweisen und denselben zur Zahlung der Summe von 465 Thlr. 19 Sgr. eventuell eines nach Status zu liquidirenden Schadens nebst Zinsen zu verurtheilen, sodann zu erkennen, daß die Appellantin berechtigt sei, die in ihrem Besitze befindlichen, ihr unter'm 28. Dezember 1872 fakturirten Waaren bis zur Zahlung dieses Schadensersatzes zu retiniren, eventuell der Appellantin zu beurkunden, daß sie auch jetzt schon zur Zurückgabe dieser Waaren bereit sei. Subsidiarisch reproduzirte Appellantin die in erster Instanz erbotenen Beweise durch Zeugen und Sachverständige. Appellat trug auf Verwerfung der Berufung an und erbot subsidiarisch den Beweis durch Zeugen und Sachverständige darüber, daß die mit Faktura vom 28. Dezember 1872 der Appellantin übersandten Waaren den Mustern entsprechend und von guter Beschaffenheit gewesen.

Der Appell.-Ger.-Hof erließ hierauf folgendes

Urtheil:

In E., daß der Einwand der Appellantin, die Klage sei unbegründet, weil Appellat die in ihrem Briefe vom 14. November 1872 bestellte und von ihm im Briefe vom 16. November acceptirte Lieferung erst theilweise ausgeführt, also den Vertrag noch nicht erfüllt habe, der Begründung entbehrt, da es sich von einer Lieferung von Tuchen in verschiedenen Stücken und zu verschiedenen Preisen handelt, das verkaufte Object daher nicht als ein untheilbares Ganzes angesehen werden kann, Appellantin auch gegen die theilweise Ausführung bei Empfang der Faktura vom 28. Dezember 1872 nicht remonstrirt hat;

Digitized by Google

Daß Appellantin sich dagegen mit Recht darüber beschwert, daß das Urtheil a quo sie wegen unbefugter Zurückbehaltung der Waare ohne Weiteres zur Zahlung derselben verurtheilt hat;

Daß nämlich dem ersten Richter zwar darin beigepflichtet werden muß, daß Appellantin zur Ausübung des Retentionsrechts nicht befugt war, weil das Gesetz, wenn es im Art. 313 des H.-G.-B. eine fällige Forderung zur Geltendmachung desselben verlangt, darunter nicht eine solche verstanden haben kann, welche aus demselben Rechtsgeschäfte, wodurch der Retinent in den Besitz der Sache gelangt, entstanden ist, sondern eine solche, welche aus einem anderweiten frühern Geschäfte originirt; weil außerdem aber auch ein bestrittener Rechtsanspruch auf Erfüllung einer Vertragsverbindlichkeit und eventuell auf Schadenersatz nicht unter dem Begriff einer fälligen Forderung im Sinne des citirten Artikels subsummirt werden kann; und weil endlich das Retentionsrecht nach seinem gesetzlichen Wesen nur zur Sicherung einer bestehenden Forderung gegeben ist, nicht aber als ein Mittel, um den Gegner zu einer Leistung, wie hier zur Lieferung besserer Waare, zu nöthigen, wozu Appellantin dasselbe nach der Correspondenz auszuüben versucht hat;

Daß aber die unberechtigte Ausübung des Retentionsrechtes, wenn sie auch den Appellaten beschädigt und ihm einen besonders geltend zu machenden Anspruch auf Schadenersatz gegeben haben möchte, doch keinen Grund abgeben kann, die Appellantin, welche sofort bei Ankunft der Waaren dieselben wegen Nichtübereinstimmung mit den Vertragsmustern refüsirte, zur Zahlung derselben zu verurtheilen, indem die Frage der Retention mit der Frage wegen Empfangbarkeit der Waare nichts gemein hat, letztere vielmehr nach wie vor ihrer selbstständigen Beurtheilung unterliegt;

Daß in dieser Beziehung dann, da Appellat als Kläger die vertragsmäßige Qualität der Tuche zu beweisen hat, vor Allem auf den von ihm erbotenen Beweis durch Sachverständige zu erkennen ist;

Daß übrigens bei der unter den Parteien in der Hauptsache streitigen Frage, ob die Lieferung der fraglichen Tuche eine vertragsmäßige sei oder nicht, es zweckmäßig erscheint, die Wiederklage bis dahin auszusetzen, wo das Resultat des über jene Frage angeordneten Beweises festgestellt ist und zwar umsomehr, als das appellantische Beweiserbieten, wie es jetzt vor-

Digitized by Google

liegt, wegen seiner zu großen Allgemeinheit, um einem Gegenbeweis Raum zu lassen, der näheren Artikulation bedarf;

Aus diesen Gründen

verstattet der Appell.-Ger.-Hof vor weiterer Entscheidung den Appellaten zum Beweise durch Sachverständige darüber: Daß die mit Faktura vom 28. Dezember 1872 der Appellantin übersandten Waaren den Mustern entsprechend und von guter Beschaffenheit waren, beauftragt u. s. w.

I. Senat. Sitzung vom 23. Dezember 1873.

Advokaten: Nacken — Buyx.

Stempel. — Kaufvertrag. — Kaufmännischer Lieferungsvertrag.

Wird mit einem Fabriketablissement und dessen Inventar gleichzeitig der Vorrath von fertigen Waaren verkauft, so bildet der Verkauf der letzteren keinen „im kaufmännischen Verkehr vorkommenden Vertrag über ein Kauf- und Lieferungsgeschäft", welcher nach der Allerhöchsten Cabinets-Ordre vom 30. April 1847 nur einem Stempel von 15 Silbergroschen unterliegt.

Graeff — Königl. Provinzial-Steuer-Direktion zu Köln.

So entschieden vom Appell.-Ger.-Hofe unter Bestätigung eines Urtheils des Königl. Landgerichts zu Köln vom 15. Mai 1872.

III. Senat. Sitzung vom 24. Dezember 1873.

Advokaten: Schilling — Vagedes.

Gütertrennungs-Urtheil. — Nichtigkeit Mangels Vollstreckung. — Verzicht des Ehemannes auf die desfallsige Einrede.

Der Ehemann kann auf die Einrede der Nichtigkeit des Gütertrennungs-Urtheils Mangels rechtzeitiger Vollstreckung des-

Digitized by Google

selben nach Vorschrift des Art. 1444 des B. G.-B. ausdrücklich oder stillschweigend Verzicht leisten. *)

Conradi — Fuchs.

Joseph Conradi, Schmiedemeister zu Düsseldorf, war in erster Ehe verheirathet mit Margaretha Glücks. Nachdem derselbe im Jahre 1844 in Fallitzustand gerathen, erwirkte seine genannte Ehefrau gegen ihn am 9. Mai 1844 ein Gütertrennungs-Urtheil, leistete sodann am 17. Mai 1844 förmlich Verzicht auf die Gütergemeinschaft und ließ ihrem Ehemanne und dem Syndik für die Urtheilskosten Zahlungsbefehl zustellen. Eine weitere Vollstreckung des gedachten Urtheils in Gemäßheit des Art. 1444 des B. G.-B. erfolgte aber nicht.

Am 25. Oktober 1862 starb die Ehefrau Conradi mit Hinterlassung von fünf Kindern, und schritt Joseph Conradi im Jahre 1864 mit Christina Wirtz zur zweiten Ehe, für welche völlige Gütertrennung vereinbart worden. Die Christine Wirtz starb mit Hinterlassung eines minderjährigen Sohnes, nachdem sie durch Notarialakt vom 9. Januar 1865 von Wilhelm Conradi, einem Sohne erster Ehe, dessen mütterlichen Erbtheil käuflich erworben hatte, in Folge dessen also der Sohn zweiter Ehe an dem Nachlasse der ersten Ehefrau Margaretha Glücks betheiligt war.

Durch Ladungen vom 25., 28. und 30. Oktober und 11. November 1872 erhob nun Joseph Conradi gegen seine fünf Kinder erster Ehe und seinen Sohn zweiter Ehe zum Königl. Landgerichte in Düsseldorf Klage auf Theilung der zwischen ihm und seiner verstorbenen Ehefrau Margaretha Glücks bestandenen Gütergemeinschaft, wozu nach seiner Behauptung ein zu Düsseldorf gelegenes Wohnhaus nebst Zubehör ghörte, sowie des Nachlasses seiner genannten Ehefrau nach Maßgabe eines von derselben errichteten Testamentes. Kläger stützte diese Theilungsklage bezüglich der Gütergemeinschaft darauf, daß das Urtheil vom 9. Mai 1844, durch welches die Gütertrennung ausgesprochen worden, Mangels Vollstreckung im Sinne des Art. 1444 des B. G.-B. der Nichtigkeit verfallen sei. Hiergegen wurde verklagtischerseits geltend gemacht, daß, wenn eine Vollstreckung des gedachten Urtheils nicht stattgehabt haben sollte, Kläger jedenfalls auf die ihm desfalls zugestandene Einrede

*) Vergl. Aubry et Rau Bd. V, §. 516 Nro. 4 Note 42.

Digitized by Google

verzichtet habe; und bezogen Verklagte sich in dieser Beziehung auf einen Akt vor Notar Coninx in Düsseldorf vom 1. August 1853, wodurch die Ehefrau Conradi das oben gedachte Wohnhaus nebst Zubehör käuflich erworben, und in welchem die Eheleute Conradi ausdrücklich erklärt, daß sie mit einander in Gütertrennung lebten, und daß die erworbenen Immobilien mit Geld angekauft worden, welches der Ehefrau Conradi persönlich zugehöre, ferner auf das nach dem Tode der Ehefrau Conradi am 8. November 1862 aufgenommene Vermögensverzeichniß, worin das mehrgedachte Haus sowie das sämmtliche vorhandene Mobilarvermögen als zum Nachlasse der Verstorbenen gehörig angegeben worden, sodann auf eine durch Urtheil des Königl. Landgerichts zu Düsseldorf vom 29. Juli 1863 beendigte Prozedur, gemäß welcher die Kinder erster Ehe auf Grund der stattgehabten Gütertrennung gegen eine wider ihren Vater Joseph Conradi vorgenommene Mobilarpfändung im Einverständnisse desselben Einspruch erhoben, sowie endlich auf verschiedene andere Akte, welche nach der Behauptung der Verklagten unter Voraussetzung der Gütertrennung gethätigt worden.

Durch Urtheil vom 22. Februar 1873 wies das Königl. Landgericht die Klage, insoweit sie auf Theilung und Auseinandersetzung der zwischen dem Kläger und seiner verstorbenen ersten Ehefrau Margaretha Glücks bestandenen Gütergemeinschaft gerichtet, ab, und gab derselben nur bezüglich der Theilung des Nachlasses der genannten Margaretha Glücks statt, indem es davon ausging, daß, wenn auch eine Vollstreckung des Gütertrennungs-Urtheils im Sinne des Art. 1444 des B. G.-B. nicht stattgefunden habe, Inhalts der von den Verklagten bezogenen Urkunden doch angenommen werden müsse, daß Kläger auf die Einrede der Nichtigkeit des Urtheils aus dem gedachten Artikel Verzicht geleistet habe, ein solcher Verzicht aber auch zulässig gewesen, weil jene Einrede nicht eine Vorschrift der öffentlichen Ordnung darstelle, auf Grund deren jedesmal beim Ablaufe der gesetzlichen Frist von Rechtswegen die Nichtigkeit des Gütertrennungs-Urtheils eintreten müßte.

Auf die gegen diese Entscheidung von dem Kläger eingelegte Berufung erließ der Appell.-Ger.-Hof das folgende confirmatorische

Urtheil:

In E., daß die eingelegte Berufung lediglich durch die Entscheidung der beiden Fragen bedingt ist, ob auf die durch den

Digitized by Google

Art. 1444 des B. G.-B. ausgesprochene Nichtigkeit eines Gütertrennungs-Urtheiles mit rechtlicher Wirkung verzichtet werden könne, und im Bejahungsfalle, ob ein solcher Verzicht thatsächlich vorliege;

Daß in beiden Beziehungen der Entscheidung des Urtheiles a quo nur beigepflichtet werden kann, da, was die erstere Frage insbesondere betrifft, weder aus der Natur der Sache noch aus einer positiven Bestimmung des Gesetzes ein öffentliches Interesse sich erkennen läßt, dessen Schutz die Annullirung eines binnen einer gewissen Frist nicht in Vollzug gesetzten Gütertrennungs-Urtheiles erforderte, indem vielmehr als Zweck der betreffenden Bestimmung sich nur der zu erkennen gibt, jeder Ungewißheit über das System, welches die Güterverhältnisse der Ehegatten beherrschen soll, baldmöglichst ein Ende zu machen, welcher Zweck aber, wenn man von dem hier nicht in Betracht kommenden Verhältnisse zu den Gläubigern absieht, durch die Zulässigkeit eines Verzichtes, durch welchen die Wirksamkeit eines Gütertrennungs-Urtheiles aufrecht erhalten wird, unmöglich gefährdet erscheinen kann;

Daß auch die mit der Renunciabilität der Einrede gegebene Möglichkeit, daß für einen Theil der Interessenten das eine, für einen andern Theil ein anderes System maßgebend werde, für die entgegengesetzte Ansicht nicht entscheidend erscheint, da auch bezüglich anderer Rechtsverhältnisse aus einem verschiedenen Verhalten der dabei interessirten Personen analoge Verschiedenheiten in der rechtlichen Behandlung desselben Rechtsverhältnisses sich ergeben;

J. E., daß nicht minder auch die zweite Frage bejaht werden muß, da, wie die verschiedenen bereits vom ersten Richter bezeichneten und richtig gewürdigten Akten ergeben, das System der Gütertrennung theils als das zu Recht bestehende von dem appellantischen Ehemanne ausdrücklich anerkannt, theils aber anderen Rechtsgeschäften zu Grunde gelegt worden ist, und solchergestalt in der Regulirung der güterrechtlichen Beziehungen des Mannes zu seiner Frau resp. deren Erben überall zur Ausführung gebracht erscheint;

Aus diesen Gründen

verwirft der Hof die wider das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Düsseldorf vom 22. Februar 1873 eingelegte Berufung

Digitized by Google

unter Verurtheilung des Appellanten in die gesetzliche Geldbuße und in die Kosten.

II. Senat. Sitzung vom 27. Dezember 1873.

Advokaten: Compes — Schlinck — Rieth.

Bergbau. — Beschädigung. — Ersatz. — Wiederherstellung.

Durch die Bestimmungen des Allgemeinen Berggesetzes vom 24. Juni 1865 in den §§. 148—150 ist dem Bergwerksbesitzer nicht die Befugniß entzogen, die durch den Betrieb des Bergwerks an fremdem Eigenthum entstandenen Beschädigungen durch eigene Ausführung der erforderlichen Herstellungsarbeiten zu beseitigen. Inwiefern eine solche dem Bergwerksbesitzer im einzelnen Falle zu versagen ist, hängt von den obwaltenden thatsächlichen Verhältnissen ab. *)

Vereinigungs-Gesellschaft im Wurmrevier — Schroiff.

Der Gastwirth Ferdinand Schroiff zu Kohlscheidt belangte am 21. Dezember 1869 die daselbst domicilirte anonyme Vereinigungs-Gesellschaft für Steinkohlenbau im Wurmrevier zum Königl. Landgerichte in Aachen, um sich schuldig erklären zu hören, dem Kläger allen auf Status zu liquidirenden Schadenersatz nebst Zinsen dafür zu gewähren, daß das zu Kohlscheidt gelegene Wohnhaus des Klägers nebst Zubehör durch die bergmännischen Arbeiten der Grube Langenberg in erheblicher Weise beschädigt worden. Die verklagte Gesellschaft trug auf Abweisung der Klage an, indem sie bestritt, daß die vom Kläger angegebenen Beschädigungen von ihr zu vertreten seien.

Das Königl Landgericht verordnete zuvörderst durch Urtheil vom 18. Juni 1870 ein Beweisverfahren über den Umfang und die Ursache der stattgehabten Beschädigungen. Als nach Erledigung dessen die Sache wieder zur Verhandlung kam, nahm die verklagte Gesellschaft den Antrag, ihr zu beurkunden, daß sie, sofern ihr gegenüber eine Entschädigungspflicht zu

*) In gleichem Sinne entschied der II. Senat in Sachen derselben Gesellschaft gegen Leuchter durch Urtheil vom 30. November 1872.

Digitized by Google

Gunsten des Klägers festgestellt werde, unter Anderem bereit sei, die an den Immobilien des Klägers vorhandenen, als Folge der durch die Verklagte zu vertretenden Einwirkungen bergbaulicher Arbeiten zu betrachtenden Beschädigungen innerhalb 6 Monaten nach der Urtheilszustellung durch Ausführung aller nöthigen Herstellungsarbeiten vollständig zu beseitigen.

Durch Urtheil vom 27. April 1872 wies das Landgericht, indem es die Entschädigungspflicht der verklagten Gesellschaft feststellte und erwog, daß das Verlangen derselben, die von ihr zu vertretenden Beschädigungen durch Ausführung der nöthigen Herstellungsarbeiten zu beseitigen, nach den Bestimmungen der §§. 148, 149 und 150 des Bergwerksgesetzes vom 24. Juni 1865, welche lediglich die Leistung einer Entschädigung resp. die Vergütung der Werthverminderung verfügten, nicht gerechtfertigt erscheine, den desfallsigen Antrag der Verklagten ab und verurtheilte dieselbe zu einer auf Status näher zu liquidirenden Entschädigung.

Auf die von jener eingelegte Berufung erkannte der Appell.-Ger.-Hof bezüglich des fraglichen Antrags wie folgt:

J. E., daß die §§. 148—150 des Berggesetzes vom 24. Juni 1865 die Verpflichtung des Bergwerksbesitzers zur vollen Entschädigung für allen dem Grundeigenthum durch den Betrieb des Bergbaues zugefügten Schaden statuiren, über die Art und Weise, in welcher die Entschädigung zu leisten, aber keine Vorschrift enthalten;

Daß eine solche auch in der allgemeinen Bestimmung des Art. 1382 des B. G.-B. nicht zu finden ist, jedenfalls aber die wörtliche Fassung desselben: „à le réparer" der Behauptung der Appellantin, daß der Urheber einer Beschädigung seine Verpflichtung durch Wiederherstellung der beschädigten Sache in den früheren Stand zu erfüllen berechtigt sei, nicht entgegensteht;

Daß im untergebenen Falle aber die Appellantin selbst nicht verkennt, daß außer der von ihr erbotenen Wiederherstellung des Gebäudes noch ein durch Sachverständige zu ermittelnder Minderwerth in Frage kommen wird, die Reparaturen, zu deren Vornahme sie eine Frist von 6 Monaten von Zustellung des Urtheils verlangt, auch wohl erhebliche Beschränkungen des Eigenthümers in der Benutzung des Hauses während dieser Zeit bedingen;

Daß hiernach die Vornahme der Wiederherstellungsarbeiten durch die Appellantin einerseits die vollständige Deckung des

Digitized by Google

Schadens nicht darstellen anderseits mit bedeutenden Eingriffen in das Verfügungsrecht verbunden sein würde, die Lage der Sache demnach nicht danach angethan erscheint, dem Verlangen der Appellantin Folge zu geben;

Daß überdies die in dem Antrag der Appellantin erklärte Bereitwilligkeit zum Schadenersatz die Störungen im Genuß des beschädigten Hauses nicht umfaßt, welche bisher entstanden sind und während der Reparaturarbeiten voraussichtlich noch entstehen werden;

Daß hiernach auch durch die unter Verwerfung des eventuellen Antrags der Verklagten erfolgte Verurtheilung zu dem auf Status zu liquidirenden Schadenersatz die Appellantin nicht beschwert erscheint.

III. Senat. Sitzung vom 14. Januar 1874.

Advokaten: Wallraf — Nacken.

Falliterklärung. — Recht des Schuldners. — Rechtsmittel der Berufung.

Der Schuldner, welcher die Einstellung seiner Zahlungen bei dem Handelsgerichte erklärt, hat kein Recht auf Falliterklärung. Es steht ihm daher gegen das seinen Antrag auf Falliterklärung verwerfende Urtheil das Rechtsmittel der Berufung nicht zu.

Philipp Müller.

So entschieden vom Appell.-Ger.-Hofe in Uebereinstimmung mit den Urtheilen im Rhein. Archiv Bd. 33, I, S. 55 und Bd. 39, I, S. 145.

I. Senat. Rathskammer-Sitzung vom 19. Januar 1874.

Advokat: Dubelman.

Anweisung. — Unwiderruflichkeit. — Falliment.

Die Anweisung, welche ein Kaufmann zur Sicherung einer bestehenden Verbindlichkeit einem Andern auf den Erlös seines in Händen eines Dritten befindlichen Waarenlagers ertheilt, und die von letzterem dem Angewiesenen gegenüber angenommen wird, stellt nicht einen zu jeder Zeit wider-

Digitized by Google

ruflichen und durch das eintretende Falliment des Assignanten erlöschenden Auftrag dar, schafft vielmehr ein Rechtsverhältniß zwischen den gedachten Personen, welches von keiner Partei einseitig wieder aufgehoben werden kann. *)

Falliment Blank — Falliment Neuhaus.

J. E., daß das der Forderung des Appellanten Blank resp. dessen Fallitmasse zu Grunde liegende Contocurrent an sich als richtig anerkannt ist, und die Parteien nur darüber streiten, ob nur der von Blank gezogene Saldo von 1161 Thlr. 5 Sgr. 3 Pfg. zum Passiv-Status des appellatischen Falliments Neuhaus anzumelden sei, und die appellantischen Syndiken befugt seien, für die am 2. Juni 1871 vom Vorschuß-Conto übertragene Forderung von 1000 Thlr. aus dem Erlöse des zur Zeit an A. Schüller u. Comp. nach Paris consignirten Waarenlagers Deckung zu verlangen, oder ob das appellantische Falliment für den ganzen Betrag von 2161 Thlr. 5 Sgr. 3 Pfg. in der Masse des appellatischen Falliments seine Befriedigung zu suchen habe;

J. E., daß die appellantischen Syndiken ihren erstgedachten Anspruch auf folgende Schriftstücke stützen:

1. Schreiben des Hermann Neuhaus an Arthur Blank vom 2. Juni 1871, welches also lautet: „Auf mein unter den Händen hiesiger Herren A. Schüller u. Comp. ruhendes, bis jetzt unbelastetes Gesammtlager in Paris habe ich heute 1000 Thlr. als Vorschuß von Ihnen erhalten, resp. in Rechnung gutgeschrieben erhalten, und beauftrage heute die genannten Herren, Sie zuerst aus diesem Lager für den vollen Vorschuß von 1000 Thlr. zu befriedigen, womit einverstanden zu sein die Herren A. Schüller u. Comp. Ihnen am Fuße dieses erklären werden."

2. Das darunter befindliche von A. Schüller u. Comp. an Blank gerichtete Schreiben vom selben Tage folgenden Inhalts:

„Nach Auftrag des Herrn Hermann Neuhaus hier werden wir die durch Realisirung seines unter unsern Händen in Paris befindlichen Lagers erfolgenden Rimessen bis zur Höhe von 1000 Thlr. zuerst an Sie, den Vorschußgeber, auf dieses bis

*) Vergl. Rhein. Archiv Bd. 1, I. S. 18 u. Bd. 18, I. S. 161.

Digitized by Google

heute unbelastete Lager abführen, können zwar unter den jetzigen Umständen den Werth dieses Lagers nicht genau bestimmen, glauben aber versichern zu können, daß derselbe den Betrag von 1000 Thlr. ergibt."

J. E., daß nun zuvörderst thatsächlich feststeht, daß bei der am 16. Juni 1871 erfolgten Falliterklärung von Neuhaus der Tag der Zahlungseinstellung auf den 14. Juni festgesetzt worden ist, und unbestritten eine weitere Zurückdatirung des Falliments nicht stattgefunden hat;

Daß daher die vom ersten Richter bezogenen Art. 444 und 445 des Rhein. H.-G.-B. in der Fassuug der Novelle vom 9. November 1859, welche von den Rechtshandlungen des Falliten sprechen, die seit dem Tage der Zahlungseinstellung oder innerhalb der nächst vorhergegangenen zehn Tage vorgenommen worden, auf das am 2. Juni durch die gedachte Correspondenz etwa zu Stande gekommene Rechtsgeschäft keine Anwendung finden, und es insbesondere dem in gedachter Weise feststehenden Zeitpunkt der Zahlungseinstellung gegenüber auf die von dem ersten Richter berücksichtigte Kenntniß, welche Blank bei diesem Geschäft von der Lage des Neuhaus gehabt, nicht ankommt;

Daß allerdings dem ersten Richter darin beizupflichten ist, daß die Bestellung eines Faustpfandes an dem fraglichen Waarenlager zu Gunsten von Blank Mangels einer Besitzübertragung in rechtsgültiger Weise nicht stattgefunden habe;

Daß es aus gleichem Grunde auch an einem wesentlichen Requisite zur Ausübung eines Retentionsrechtes fehlt; und ebensowenig eine als Werthpapier geltende Anweisung im Sinne des Art. 300 des Allgem. Deutschen H.-G.-B. vorliegt;

J. E., daß vielmehr die vorliegende Frage nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen über die Wirkungen von Verträgen zu beurtheilen, gemäß diesen aber zu Gunsten der Appellanten zu entscheiden ist;

Daß nämlich der Auftrag, welchen Neuhaus am 2. Juni 1871 an A. Schüller u. Comp. bezüglich der Verwendung des Erlöses aus dem consignirten Waarenlager ertheilte, einzig den Zweck hatte, Blank für den an Neuhaus geleisteten resp. diesem gutgeschriebenen Vorschuß von 1000 Thlrn. die verlangte Sicherheit zu gewähren, und die Bedingung einer zwischen diesen Beiden getroffenen Vereinbarung bildete;

Daß es sich also hier nicht um einen gewöhnlichen, im

Digitized by Google

Interesse des Vollmachtgebers ertheilten Auftrag, sondern um eine Anweisung handelt, welche wesentlich und vorzugsweise zum Vortheil eines Dritten, des Arthur Blank, gegeben worden und wodurch, nachdem dieselbe seitens der Beauftragten, A. Schüller u. Comp., dem Blank gegenüber ausdrücklich angenommen worden, ein Rechtsverhältniß geschaffen wurde, welches von keiner Partei einseitig wieder aufgehoben werden konnte;

Daß auf einen solchen, der Natur der Sache nach unwiderruflichen Auftrag auch die Bestimmung des Art. 2003 des B. G.-B., wonach bloße Vollmachten durch das Falliment des Vollmachtgebers erlöschen, keine Anwendnng finden kann, da abgesehen von den gesetzlichen Ausnahmefällen, wovon nach dem oben Gesagten untergebens keiner vorliegt, wohlerworbene Rechte Dritter durch den Ausbruch des Falliments des Verpflichteten keine Beeinträchtigung erleiden können;

J. E., daß hiernach die appellatische Fallitmasse durch die fragliche Anweisung ein unwiderrufliches Recht auf den Erlös aus dem mehrgedachten Waarenlager zur Deckung der Vorschußforderung von 1000 Thlrn. erworben hat; und somit unter Reformation des Urtheils erster Instanz dem Antrage der Appellanten auf Ueberweisung dieses Erlöses bis zu dem angegebenen Betrage stattzugeben ist;

Daß aber die ertheilte Anweisung auf Zinsen und Kosten sich nicht bezieht, und daher der desfallsige Antrag der Appellanten nicht gerechtfertigt erscheint;

Aus diesen Gründen

erkennt der Appell.-Ger.-Hof unter Reformation des Urtheils des Königl. Handelsgerichts in Barmen vom 31. Mai 1872, daß die Syndiken des Falliments von Arthur Blank zum Passiv-Status des Falliments von Hermann Neuhaus mit einem Betrage von 1161 Thlr. 5 Sgr. 3 Pfg. zuzulassen, und dieselben berechtigt sind, sich aus dem Erlöse des von dem Falliten Neuhaus an A. Schüller u. Comp. nach Paris consignirten Lagers sowohl aus den vor als nach Ausbruch des Falliments von Neuhaus gemachten Verkäufen für die vom Vorschuß-Conto übertragene Forderung des Falliten Blank von 1000 Thlrn. vorzugsweise zu befriedigen, weist den weiter gehenden Antrag der Appellanten als unbegründet ab, legt der appellatischen Fallitmasse die Kosten beider Instanzen zur Last und verordnet die Rückgabe der Strafgelder.

I. Senat. Sitzung vom 21. Januar 1874.

Advokaten: Schlinck — Drewcke.

Digitized by Google

dieser Instanz auszusetzen, vorbehaltlich des Rechtes des Appellanten, eine Verbindung beider Sachen zu beantragen;

Aus diesen Gründen

setzt der Appell.-Ger.-Hof die Entscheidung über die gegenwärtige Berufung von dem Urtheile des Königl. Landgerichts zu Aachen vom 17. Mai 1872 so lange aus, bis die von dem Appellanten den Eheleuten Creutz gegenüber eingelegte Berufung von demselben Urtheile ihre Erledigung gefunden, oder eine Verbindung der beiden Sachen bewirkt sein wird; legt die Kosten dieses Incidentpunktes dem Appellanten zur Last.

I. Senat. Sitzung vom 21. Januar 1874.

Advokaten: Herbertz — Dubelman.

Eisenbahn. — Transport in unbedeckten Wagen. — Haftpflicht.

Die Bestimmung des Eisenbahn-Betriebs-Reglements vom 10. Juni 1870 B. §. 22 Nr. 2, wonach die Eisenbahn in Ansehung derjenigen Güter, welche in unbedeckten Wagen transportirt werden, nicht für den Schaden haftet, welcher aus der mit dieser Transportart verbundenen Gefahr entstanden ist, findet nur auf regelmäßige, innerhalb der Lieferfrist bewirkte Gütertransporte ihre Anwendung, und kann nicht dazu dienen, das eigene Verschulden der Eisenbahn zu decken.

Frahnert — Bergisch-Märkische Eisenbahn-Gesellschaft.

Urtheil:

In E., daß nach den Erklärungen der Partheien und der von der Appellatin vorgelegten Correspondenz feststeht, daß die vom Appellanten abgesandte Gerste am 17. Juni 1871 auf dem Bahnhofe zu Ditfurth, wie der Bericht der dortigen Güterexpedition sagt, tadelfrei angeliefert, verladen und am nämlichen Tage abgesendet worden ist;

Daß die Sendung am 19 Juni in Seesen ankam, dort aber ausweise des Vermerks auf dem Frachtbriefe wegen Erhitzung einer Achse des Transportwagens zurückbehalten werden mußte;

Digitized by Google

Daß ein Gleiches auch am 23. Juni auf dem Weitertransporte in Kreiensen stattfand, und sich derselbe Uebelstand am 30. Juni in Holzminden einstellte, wo das Gut nach dem Berichte des Bahnbeamten ohne ersichtlichen Grund liegen blieb, bis die Gerste am 7. Juli umgeladen wurde, wobei sich dann herausstellte, daß dieselbe durch Nässe beschädigt war;

Daß hiernach nicht zu bezweifeln ist, daß die Beschädigung der Waare auf dem Transporte erfolgt ist;

Daß, wenn dies auch von der Appellatin nicht bestritten wird, dieselbe doch ihre Verantwortlichkeit für den Schaden aus dem Grunde ablehnt, weil die Gerste in unbedeckten Wagen vom Appellanten verladen worden sei, und sie für Beschädigungen der in dieser Art verladenen Waaren nach den Reglementsbestimmungen nicht hafte;

Daß indeß, wenn diese Reglementsbestimmungen auch auf regelmäßige innerhalb der Lieferfrist bewirkte Gütertransporte ihre Anwendung finden, ihnen doch nicht eine solche Ausdehnung gegeben werden kann, daß dadurch auch die eigene culpa des Transportführers gedeckt wird;

J. E., daß aber, wie anerkannt, der Transport der Gerste erheblich verzögert worden ist, obgleich diese Verzögerung durch Umladung des Guts verhindert werden konnte, wozu genügende Veranlassung vorlag, zumal als sich das Erhitzen der Wagenachse in Kreiensen zum zweitenmale einstellte und auf eine Wiederholung hinwies, die sich dann auch bald nachher in Holzminden ereignete, wo dann die Umladung stattfand;

Daß, da die Verzögerung der Sendung allein einem Fehler der Transportmittel der Appellatin zuzuschreiben ist, für diese auch die Verpflichtung entstand, das Gut, selbst wenn es in einem offenen Wagen verladen war, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers zu behandeln, und die durch diese Verzögerung erst nothwendig werdende Schutzmaßregeln zu treffen;

Daß diese Sorgfalt aber nicht angewendet worden, die Gerste vielmehr selbst nach ihrer Ankunft in Holzminden sogar noch vom 30. Juni bis zum 7. Juli angeblich wegen Erhitzung der Wagenachse liegen geblieben ist, bevor es zur Umladung und zum Weitertransport kam; für diese Säumniß auch ein haltbarer Entschuldigungsgrund nicht vorgebracht worden ist;

Daß hiernach die Appellatin als Frachtführerin für den dem Appellanten entstandenen Schaden verantwortlich erscheint,

Digitized by Google

ohne daß es auf den von letzterem erbotenen Zeugenbeweis ankommt;

J. E. endlich, daß über die Höhe des geforderten Schadensersatzes Einwendungen nicht erhoben worden sind;

Aus diesen Gründen

verurtheilt der Königl. Rhein. Appell.-G.-Hof, unter Reformation des Urtheils des Königl. Handelsgerichtes zu Barmen vom 1. März 1872 die Appellatin, dem Appellanten die Summe von 505 Thlrn. 22 Sgr. 6 Pfg. nebst Zinsen zu 6 Prozent vom 7. Juli 1871 an gerechnet zu zahlen, und demselben die Kosten der Expertise mit 17 Thlrn. 23 Sgr., sowie die näher zu liquidirenden Lagerspesen zu ersetzen; verordnet die Rückgabe der Succumbenzgelder und legt der Appellatin die Kosten beider Instanzen zur Last.

II. Senat. Sitzung vom 29. März 1873.

Advokaten: Drewcke — Schilling.

Uebergebots-Verfahren. — Bürge. — Beweis der Zahlungsfähigkeit.

Der Art. 2185 Nr. 5 verlangt die Stellung einer Bürgschaft (caution) ohne Rücksicht auf die Garantie, welche der überbietende Gläubiger durch sein eigenes Vermögen bieten mag.

Letzterer bleibt daher auch alsdann zur Bürgschaftsleistung verpflichtet, wenn dessen eigene privilegirte Forderung den zu verbürgenden Betrag übersteigt.

Die Zahlungsfähigkeit des Bürgen kann nicht durch Titel über zu dessen Gunsten bestehende Hypothekarforderungen nachgewiesen werden.

Auch kann die Hinterlegung solcher Titel nicht als die Bestellung eines Unterpfandes im Sinne des Art. 2041 des B. G.-B. gelten.

Nonnenbruch — Dietzgen.

II. Senat. Sitzung vom 17. Februar 1872.

Advokaten: Herbertz — Drewcke.

Digitized by Google

Zeugenverhör. — Prorogation der Beweisfrist. — Vollendung des Verhörs. — Nichtigkeit.

Das zufolge der gestatteten Prorogation abzuhaltende Zeugenverhör muß innerhalb der dafür festgesetzten Frist vollendet werden, bei Strafe der Nichtigkeit.

Durch die Erwirkung einer Ordonnanz des mit der Zeugenvernehmung beauftragten Commissars wird die Frist nicht gewahrt.*)

Haas — Rodrian.

Urtheil:

In E., daß zu den Beschränkungen des Zeugenbeweises im Rheinischen Recht die Bestimmung des Art. 278 der B. Pr.-O. gehört, wonach das Zeugenverhör bei Nichtigkeit innerhalb der Frist von 8 Tagen nach Vernehmung der ersten Zeugen oder innerhalb einer im Urtheil bestimmten Frist vollendet sein muß;

Daß sich hieran der Art. 279 der B. Pr.-O. anschließt, gemäß welchem eine Prorogation dieser Frist bewilligt werden kann;

Daß bei diesem Zusammenhang die Auffassung unabweislich ist, daß die Prorogation darin besteht, daß die Frist, innerhalb welcher das Zeugenverhör nach Art. 278 vollendet werden müßte, in dem besondern Falle durch Anordnung des Gerichts erstreckt wird, also an die Stelle der achttägigen Frist eine andere Frist, innerhalb welcher das Zeugenverhör vollendet werden muß, bewilligt wird;

Daß dem Inhalt und dem Zusammenhang der erwähnten Artikel die Annahme völlig widerstrebt, als ob durch die Prorogation ein neues Zeugenverhör bewilligt würde, und als ob für das Zeugenverhör nach Art. 257 und 258 der B. Pr.-O. eine Frist zu seinem Beginne festzusetzen wäre, und sich daran die Bestimmung des Art. 278 wieder anschlösse;

Daß vielmehr das ein und für allemal begonnene Zeugenbeweisverfahren in Folge der Prorogation fortgesetzt werden kann, und nur die seine Dauer beschränkende Frist verlängert wird, so daß eine andere Frist zur Vollendung bestimmt wird, welche an die Stelle der Frist des Art. 278 treten soll.

*) In gleichem Sinne entschied der II. Senat durch Urtheil vom 10. Februar 1843 unter Bestätigung eines Erkenntnisses des Königl. Landgerichts zu Koblenz. Archiv Bd. 34. I. S. 197.

Digitized by Google

Daß ganz in Einklang hiermit das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Koblenz vom 22. Oktober 1872 den Parteien zur Vollendung des Beweises resp. des Gegenbeweises eine sechswöchentliche Frist von Zustellung des Urtheils ab zu rechnen bewilligt hat;

Daß, da nun aber unbestritten das Zeugenverhör vom 14. Januar 1872 erst mehrere Tage nach Ablauf der sechswöchentlichen Frist seit Zustellung des Urtheils stattgefunden hat, dies Zeugenverhör der gesetzlichen Beschränkung entgegen und nach Art. 278, 279 der B. Pr.-O. nichtig ist;

Daß das durch die Berufung angegriffene Urtheil, indem es auf den Zeitpunkt der Erwirkung der friedensrichterlichen Ordonnanz Gewicht legt, die Prorogation der Vollendungsfrist eines begonnenen Zeugenbeweisverfahrens mit einer Zulassung eines neuen Zeugenverhörs, wie sie nicht statthaft ist, verwechselt, und indem es die im Urtheil bestimmte Frist zur Vollendung für eine Frist zum Antritt des Zeugenverhörs erklärt, der Formel, welcher sich das Urtheil vom 22. Oktober 1872 bedient hat, einen Sinn gibt, welchen sie nach ihrem Wortlaut und Inhalt nicht hat, und welchen sie auch gesetzlich nicht haben kann;

Aus diesen Gründen

erklärt der Appell.-Ger.-Hof unter Reformation des Urtheils des Königl. Landgerichts zu Koblenz vom 21. Juli 1873 das Zeugenverhör vom 14. Januar 1873 für nichtig, legt dem Appellaten die Kosten dieses Incidentpunkts erster und zweiter Instanz zur Last, und verordnet die Rückgabe der Succumbenzstrafe.

I. Senat. Sitzung vom 26. Januar 1874.

Advokaten: Nacken — Ehrhard.

Wechselklage. — Bereicherungsklage. — Unzulässige Klage-Aenderung.

Die durch Art. 83 der Allg. Deutschen Wechsel-Ordnung gestattete Regreßklage wegen Bereicherung ist in ihrer rechtlichen Begründung durchaus verschieden von der Wechselklage. Die Umwandlung der ursprünglich erhobenen

Digitized by Google

Wechselklage in eine Bereicherungsklage bildet daher eine unzulässige Klage-Aenderung. *)

Schmitz — Wolff.

Urtheil:

J. E., daß Appellat die eingetretene Verjährung der Wechselklage nicht bestreitet, seine Ansprüche vielmehr nur noch aus der für die Appellanten eingetretene Bereicherung herzuleiten und zu begründen vermag;

Daß der in dieser Weise sich substanziirende und begründende Anspruch mit der auf Geltendmachung der wechselmäßigen Forderung erhobenen Klage in keiner Weise etwas gemein hat, indem zunächst die Objekte beider Klagen qualitativ unter allen Umständen verschieden sind, und ihr Zusammentreffen in quanto jedenfalls nur ein zufälliges ist, indem sodann andererseits der gesetzliche Verpflichtungsgrund bei der Bereicherungsklage gänzlich außerhalb des Gebietes des Wechselrechtes liegt;

Daß in dieser letztern Hinsicht insbesondere die Auffassung, als bilde diese Klage ein auf den Umfang der mit dem Schaden des Remittenten erzielten Bereicherung des Beklagten beschränktes Residuum des Wechselanspruches selbst, in dem Gesetze keinen Anhalt findet, indem die zur Unterstützung dieser Ansicht angezogenen Worte des Art. 83: „bleiben vorbehalten" sowohl ihrer grammatischen wie logischen Kraft nach nur den Zweck haben, zu verhüten, daß man die Wirkung der Präjudicirung des Wechsels über das Gebiet des Wechselrechts hinaus auch auf die Verpflichtung, die aus den gegebenen Thatsachen nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen entspringen mag, ausdehne, welcher Zweck aber die Annahme einer durch das Wechselrecht selbst gegebenen Grundlage der Bereicherungsklage nicht wohl zuläßt; **)

---

*) In demselben Sinne entschied der III. Senat durch Urtheil vom 27. Februar 1852 (Archiv Bd. 47. I S. 215) und der I. Senat durch Urtheil vom 28. April 1873 (Archiv Bd. 64, I S. 223). Vergl. auch Archiv Bd. 50, I S. 44; Bd. 60, I S. 34. Im entgegengesetzten Sinne entschied der 1. Senat durch Urtheil vom 9. November 1858. (Archiv Bd. 54, I S. 76).

**) Die entgegengesetzte Anschauung vertritt das Reichs-O.-H.-Gericht in einem Urtheil vom 29. April 1873. (Entscheidungen Bd. 10, S. 42.) dessen Gründe in dieser Beziehung wie folgt lauten: Die Bereicherungsklage, welche Art. 83 der D. Wechsel-Ordnung dem Inhaber eines präjudizirten oder verjährten Wechsels gegen dessen Aussteller oder Acceptanten gewährt, ist weder eine Sca-

Digitized by Google

Daß somit aber die Substituirung des als Bereicherungsklage construirten Anspruches sich als eine vollständige Veränderung der Natur und des Gegenstandes der Klage darstellt, und demselben die Einrede der Unannehmbarkeit mit Recht entgegengesetzt wird;

---

densersatzklage noch eine condictio des bürgerlichen Rechts, noch auch die Klage aus dem, dem Wechselzuge unterliegenden Rechtsgeschäft, sondern ein auf den Umfang der Bereicherung zum Schaden des Inhabers beschränktes Residuum des Wechselanspruchs. Dieser in der neueren Theorie, wenngleich in verschiedenartiger Begründung vorherrschenden Auffassung, welche sowohl vom Preuß. Obertribunal (Urth. v. 9. April 1867. Entsch. Bd. 58, S. 346 ff., Strieth. Archiv Bd. 66, S. 298 ff.; vergl. Strieth. Archiv Bd. 17, S. 196, B. 55, S. 131) wie vom Reichs-O.-Handels-Gericht befolgt wird, (Entsch. Bd. V. S. 258 ff. Bd. VI. S. 381 ff. Bd. VIII. S. 238 ff.), entsprechen allein die Worte des Gesetzes: „so bleiben dieselben dem Inhaber des Wechsels verpflichtet," sowie die Aeußerungen der Leipziger Wechselconferenz. Denn die Ansicht, daß der zweite Absatz des Art. 83 „ins Civilrecht gehöre", fand keine Anerkennung, und der auf Streichung dieses Absatzes gerichtete Antrag wurde abgelehnt.

Prot. 1273 (Thöl's Ausg. S. 257. Leipziger Ausgabe. S. 242.)

Auch wurde der Gedanke des Art. 83 (§. 75 des Preuß. Entwurfs) dahin formulirt, er mache der unrichtigen Ansicht ein Ende, nach welcher die Folge eines Präjudizes und der Verjährung nur in dem Verlust der strengeren Wechselprocedur erblickt und der Anspruch des Inhabers in ordinario ohne weitere Untersuchung darüber zugelassen werde, ob derselbe der wechselrechtliche oder aus den Verhältnissen, welche dem Wechsel zu Grunde liegen, folgende sei.

Prot. 1020 (Thöl's Ausg. S. 203, 204. Leipziger Ausg. S. 192.)

Denn es ist nunmehr in ordinario allerdings der wechselrechtliche Anspruch aus Art. 83 von dem möglicherweise coincidirenden rein civilrechtlichen Anspruch aus dem unterliegenden Rechtsgeschäft scharf zu scheiden.

Hieraus ergibt sich, daß die Bereicherungsklage einen gültigen Wechsel voraussetzt; daß sie nur gegen Wechselverbundene geht, — nach positiver Bestimmung des Gesetzes sogar nur gegen den Aussteller und den Acceptanten; — und daß sie nur dem „Inhaber" im Sinne des Wechselrechts, somit nur demjenigen zusteht, welcher, wenn der Wechsel weder präjudizirt noch verjährt wäre, zur Aufstellung der Wechselklage berechtigt erschiene. Zu ihrer Begründung gehört daher die Vorlegung eines bis auf die Präjudicirung oder Verjährung gültigen, den Kläger als Wechselgläubiger legitimirenden Wechsels.

Nun hat Verklagter geleugnet, den fraglichen Wechsel jemals acceptirt zu haben; sein Inhalt soll lediglich durch den Eid des Klägers festgestellt werden. Durch Ableistung dieses Eides aber würde nicht

Digitized by Google

Aus diesen Gründen
nimmt der Appell.-Ger.-Hof bezüglich des klägerischen Anspruchs aus dem Wechsel vom 2. Juni 1867 im Betrage von 271 Thlr. 8 Sgr. die wider das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Bonn als Handelsgericht fungirend vom 9. November 1872 eingelegte Berufung an, weist mittelst Reformation dieses Urtheils in diesem Punkte die erhobene Klage ab, u. s. w.

II. Senat. Sitzung vom 31. Januar 1874.

Advokaten: Ehrhard — Dubelman.

Expropriation. — Entschädigung. — Werthverminderung — Baupolizei-Reglement.

Eine Eisenbahn-Gesellschaft ist nicht verpflichtet, für diejenige Entwerthung eines theilweise expropriirten Grundstücks Schadensersatz zu leisten, welche dadurch entsteht, daß der Expropriirte wie jeder andere Eigenthümer in Folge der polizeilichen Verordnung des Ministers des Innern und des Finanzministers vom 4. Dezember 1847 bauliche Anlagen nur in gewissen Entfernungen von der Bahnlinie errichten darf.

Crefeld-Kreis-Kempener Industrie-Eisenbahn-Gesellschaft — Lagelée.

So erkannt in Uebereinstimmung mit den Entscheidungen

---

einmal erwiesen werden, daß ein den Art. 4, 7 der W.-O. entsprechendes Wechselaccept ertheilt worden ist.

Ebensowenig reicht die bloße Behauptung des Klägers, der Wechsel sei zu Grunde gegangen, zur Begründung der Bereicherungsklage aus. Es mag dahingestellt bleiben, ob, wenn jene Behauptung erwiesen wäre, es der Amortisation des Wechsels nicht bedürfte. Allein der Appell.-Richter stellt deren Richtigkeit nicht fest, wie denn auch in Wahrheit ein solcher Beweis nicht erbracht ist. Ist aber der Wechsel nicht erweislich vernichtet, noch auch nur festgestellt, daß aus demselben lediglich der Kläger berechtigt sei, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß, wie jede Klage aus dem Wechsel, so auch die Bereicherungsklage des den Originalwechsel ersetzenden Amortisationsurtheils bedarf: W.-O. Art. 73. Daß der Wechsel verjährt ist, begründet eben die Bereicherungsklage, ersetzt aber um soweniger die sonstigen Erfordernisse der Wechselklage, als dadurch die Legitimation des Klägers zur Anstellung der Bereicherungsklage nicht erbracht wird.

Digitized by Google

des II. Senats vom 8. Juni 1865 in Sachen der Köln-Mindener Eisenbahn gegen Vorster*) und des III. Senats vom 24. Januar 1867 in Sachen Hörten gegen die Rheinische Eisenbahn. Archiv Bd. 60. I. S. 239.

I. Senat. Sitzung vom 4. Februar 1874.

Advokaten: Schilling — Widenmann.

---

*) Der gegen dieses Urtheil ergriffene Cassationsrekurs wurde durch Erkenntniß des Königl. Obertribunals vom 24. April 1866 verworfen aus folgenden Gründen:

In E., daß die angehobene Entschädigungsklage lediglich darauf gestützt und dem entsprechend das Beweisinterlokut des ersten Richters darauf gerichtet ist, daß ein dem Kläger gehöriges Grundstück, groß 1 Ruthe 21 Fuß, dem Kläger im Wege der Expropriation weggenommen, sodann, daß das ihm verbliebene Grundstück vermöge der Nähe, in welcher es sich zu der Eisenbahn befindet, den durch die Verordnung der Minister des Innern und der Finanzen vom 4. Dezember 1847 angeordneten Bauverboten unterworfen ist;

Daß hierin die Thatsache nicht enthalten ist, daß eine directe Kausalverbindung zwischen der Expropriation des einen und der Werthverminderung des andern Grundstückes bestehe, daß Cassationskläger nur durch die Wegnahme des einen Theiles in die Lage gekommen sei, den die Entwerthung des andern Theiles bedingenden Beschränkungen ausgesetzt zu sein, und daß er ohne den Verlust eines Theiles in dem Genusse der unbegrenzten Baubefugniß seines ganzen Eigenthums verblieben sein würde;

Daß daher der Appellationsgerichtshof von der auf diese Sachlage gegründeten Feststellung ausgehend,

daß die von dem Appellaten (Cassationskläger) artikulirten Beschränkungen nicht als eine Folge der stattgehabten Expropriation eines Theiles seines Eigenthumes zu betrachten,

seine Beurtheilung nur auf die Frage zu richten hatte, ob der Cassationskläger dafür, daß er überhaupt und abgesehen von der erfolgten Expropriation mit dem ihm noch gehörigen Grundstücke in einem solchen Entfernungsverhältnisse zu dem Schienenstrange der Köln-Mindener Eisenbahn sich befindet, daß er von den durch die Ministerial-Verordnung angeordneten Bauverboten betroffen wird, von der Eisenbahn-Gesellschaft eine Entschädigung zu fordern berechtigt ist;

Daß diese Frage der vorige Richter mit Recht verneint hat, da bei der Anwendung der in der mehr bezogenen Ministerial-Verordnung enthaltenen Bestimmungen es sich nicht um eine Wegnahme oder Beschränkung des Privateigenthums Behufs dessen Verwendung zu öffentlichen Zwecken, für welche nach den im Civilgesetzbuche und in der Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1850 übereinstimmend sanctionirten Grundsätzen eine vorgängige Entschädigung geleistet werden muß, und ebensowenig um eine mit einem Eingriffe in das Privateigenthum verbundene über den Einzelnen verhängte Polizei-

Digitized by Google

Gesellschaft. — Liquidation. — Einsicht der Bücher. — Bevollmächtiger.

Ein Gesellschafter als Liquidator kann gegen seinen Mitgesellschafter und Mitliquidator nicht verlangen, daß ihm die Einsicht der Bücher durch einen Bevollmächtigen gestattet werde.*) Art. 98, 105, 144, 133 des H.-G.-B.

Langguth — Kayser.

Nachdem die offene Handelsgesellschaft zwischen Langguth in Traben und Kayser in London aufgelöst und beide Gesellschafter zu Liquidatoren bestellt waren, erhob Langguth gegen Kayser bei dem Königl. Handelsgerichte in Koblenz eine Klage mit dem Verlangen, ihn berechtigt zu erklären, durch seinen Bevollmächtigten Dahse, Theilhaber der Firma Dahse und Tosetti in London, die sämmtlichen Handelsbücher der in Liquidation befindlichen Handlung Langguth und Kayser zu London einsehen und Auszüge daraus anfertigen zu lassen.

---

maßregel im Sinne des §. 4 des Gesetzes vom 11. Mai 1842, sondern um die Anwendung und Verwirklichung einer für eine ganze Kategorie des Grundeigenthums berechneten, von einer deligirten gesetzgebenden Autorität ausgehenden, nicht den Vortheil der Eisenbahn-Gesellschaft, sondern die Interessen des öffentlichen Wohles im weiteren Sinne berücksichtigenden Regel handelt, die dadurch, daß sie für besondere Fälle Ausnahmen gestattet, ihren Charakter als Regel nicht verliert, die im Gegensatze zu den nur für den Einzelfall bestimmten Acten administrativer Polizeigewalt dauernde Rechtsverhältnisse begründet und Beschränkungen des Eigenthums erzeugt, deren rechtliches Wesen durch die Bezeichnung: öffentliche Dienstbarkeiten (Art. 650 des B. G.-B.) characterisirt wird, Beschränkungen, die zu den Bedingungen gehören, unter denen das Eigenthum im Staate und durch den Staat geschützt wird, (Art. 3, 544 des B. G.-B.) die in den durch sie gewahrten Interessen ihre Compensation finden, und für welche daher, vermöge dieser ihrer Natur, den durch sie Betroffenen ein weiterer Ersatz nicht gewährt werden kann;

Daß durch die Handhabung dieses Grundsatzes im vorliegenden Falle der Appell.-Ger.-Hof die von dem Cassationskläger bezeichneten gesetzlichen Bestimmungen (Art. 544, 545, 650 des B. G.-B., Art. 9 der Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1850 und Ministerial-Verordnung vom 4. Dezember 1847) nicht verletzt, vielmehr ihrem richtigen Sinne nach angewendet hat.

*) Aehnlich entschied der Appellations-Gerichtshof in einem Urtheil vom 27. Mai 1863, abgedruckt in dem Central-Organ von Löhr Jahrgang 1863, S. 132.

Digitized by Google

Das Handelsgericht wies die Klage ab, und erließ auf die Berufung des Langguth der Appellationsgerichtshof das folgende confirmatorische

Urtheil:

In. E., daß die zwischen den Partheien bestandene offene Handelsgesellschaft durch Urtheil des Handelsgerichts zu Koblenz vom 28. October 1872 aufgelöst ist, und die beiden Gesellschafter zu Liquidatoren ernannt sind;

In. E., daß die Rechte und Verbindlichkeiten der Gesellschafter ihrer Natur nach persönliche sind, zu deren Ausübung nicht willkührlich und einseitig ein Gesellschafter einen Substituten oder Bevollmächtigten bestellen kann;

Daß insbesondere die Einsichtsnahme der Bücher nach Art. 98 und 105 des H.-G.-B. nur als ein solches persönliches Recht zu betrachten ist;

In. E., daß nach Auflösung der Gesellschaft die Gesellschafter die Liquidation zu führen haben, und dieses Geschäft nur durch einstimmigen Beschluß oder aus wichtigen Gründen durch das Gericht einem Dritten übertragen werden kann, Art. 133, woraus schon folgt, daß auch hier die Willkühr des Einzelnen, statt seiner einen Bevollmächtigten zu substituiren, ausgeschlossen sein muß, und daß im Interesse der Gesellschafter die Einmischung Dritter und die Uebertragung der Liquidationsgeschäfte an einen solchen fern gehalten werden soll, weßhalb eine solche nur aus wichtigen Gründen gerichtlich verordnet werden kann;

Daß auch der Art. 144 für die Periode der Liquidation ausdrücklich unter den Gesellschaftern das bisherige Verhältniß fortbestehen läßt, obwohl es gerade ihnen die Liquidation überträgt;

Daß daher auch hier die Art. 98 und 105 anwendbar und das Recht der Einsicht der Bücher ein dem Gesellschafter persönliches bleibt, womit er nicht willkührlich einen Dritten statt seiner beauftragen kann;

Daß übrigens der ganze Zusammenhang des Art. 133 deutlich zeigt, daß der darin gebrauchte Ausdruck „Vertreter" nicht auf Bevollmächtigte einzelner Gesellschafter zu einzelnen Geschäften zu beziehen ist;

In. E., daß hiernach die Entscheidung des ersten Richters gerechtfertigt erscheint, und derselbe auch mit Recht ausführt,

Digitized by Google

daß der Fall der Art. 40 und 38 des H.-G.-B. hier nicht vorliege;

Aus diesen Gründen

verwirft der Appellationsgerichtshof die wider das Urtheil des Handelsgerichts zu Koblenz vom 24. Oktober 1873 eingelegte Berufung mit Strafe und Kosten.

II. Senat. Sitzung vom 12. Februar 1874.

Advokaten: Nacken — Herbertz.

Berufung. — Appellable Summe. — Widerklage.

Wenn die streitigen Beträge der Klage und der Widerklage zusammen genommen die Summe von Tausend Franken übersteigen, so ist ein appellabler Gegenstand vorhanden.

Herrig — Foehr.

So erkannt in Uebereinstimmung mit der Entscheidung im Archiv, Bd. 33, I. S. 112. Vergl. auch Bd. 46, I. S. 49.

I. Senat. Sitzung vom 4. Februar 1874.

Advokaten: Bessel — Wallraf.

Bezirksstraße. — Städtische Straße. — Alignement. — Entschädigung.

Wird in Folge höherer Verfügung eine Bezirksstraße einer Stadt als städtische Straße überwiesen, so verlieren mit deren Uebernahme seitens der Stadtverwaltung die früher von der Königlichen Regierung bezüglich des Alignements erlassenen Verordnungen für die Zukunft ihre verbindliche Kraft.

Es bildet daher die demnächst von der städtischen Polizeibehörde im Anschluß an eine solche Verordnung für einen Neubau erlassene Alignementsbestimmung eine selbstständige im Interesse der Stadt ergangene Verfügung, welche, wenn in Folge derselben Privateigenthum in die Straße fällt und so dem betreffenden Eigenthümer entzogen wird, die Stadt zur Entschädigung verpflichtet.

Digitized by Google

Roosen — Stadt Aachen.

Der Aachen-Burtscheider Verbindungsweg war bis zum Jahre 1859 eine Bezirksstraße, wurde alsdann aber durch Allerhöchste Cabinets-Ordre vom 14. März 1859 den betheiligten Städten Aachen und Burtscheid als städtische Straße überwiesen, und fand die förmliche Uebernahme desselben seitens der Vertreter der beiden Städte am 26. April 1859 statt. In das Gebiet der Stadt Aachen fiel dabei die Strecke vom Adalbertsthore bis zur Lothringer Straße, demnach Wilhelmsstraße genannt.

Im Jahre 1866 erwarb der Bauunternehmer Wilhelm Roosen zu Aachen ein an dieser Straßenstrecke gelegenes Terrain, und als derselbe zur Erbauung von vier Wohnhäusern auf demselben die Erlaubniß bei dem Königl. Polizei-Präsidium zu Aachen nachsuchte, wurde ihm dieselbe am 25. August 1866 unter andern unter den Bedingungen ertheilt, daß die Façaden der Häuser in das festgestellte Alignement, welches durch die Richtung der Nachbarhäuser bezeichnet sei, genau eingerückt würden, daß die Balkone nicht über das im §. 9 der Baupolizei-Ordnung der Stadt Aachen vom 28. Juni 1853 vorgeschriebene Maß über die Alignementslinie vortretend angelegt würden, und daß vor den Façaden ein Trottoir aus niedermendiger Steinplatten und in der Breite des Trottoirs vor den Nachbarhäusern vorschriftsmäßig angelegt werde. In Folge des so festgestellten Alignements fiel von dem Eigenthum des Roosen ein Terrainstreifen in die Straße, welcher nach der Vermessung durch den Geometer 10,89 Quadrat-Ruthen betrug.

Auf Grund dessen erhoben am 6. September 1871 die Erben von Wilhelm Roosen gegen die Stadt Aachen Klage zum Königl. Landgerichte daselbst, mittelst welcher sie als Entschädigung für das zur städtischen Straße abgetretene Terrain einen Betrag von 2058 Thlr. 7 Sgr. verlangten.

Durch Urtheil vom 25. April 1872 wies das Königl. Landgericht die angehobene Klage kostenfällig ab. Auf die von den Klägern eingelegte Berufung erkannte der Appellationsgerichtshof reformatorisch und verurtheilte die Verklagte zur Zahlung eines Betrages von 1724 Thlr. mit Zinsen. Die Gründe dieser Entscheidung, insoweit sie nicht das oben angeführte Thatsächliche betreffen, lauten, wie folgt:

J. E., daß . . . . . als feststehend angenommen werden muß, daß, wenn auch eine förmliche Enteignung des

Digitized by Google

zwischen den Häusern der Wilhelmsstraße und den früheren Grenzen des Verbindungsweges als Bezirksstraße gelegenen Terrainstreifens nicht stattgefunden hat, doch dieser Streifen durch das erlassene Alignement und durch die in Folge dessen seitens der Stadt Aachen getroffene Anordnungen und Einrichtungen, mindestens sofern es die Appellanten angeht, der Privatbenutzung der ursprünglichen Eigenthümer im Interesse des städtischen Verkehrs gänzlich entzogen und der Benutzung des Publikums anheim gegeben worden ist;

Daß es demnach aber keinem gegründeten Bedenken unterliegen kann, daß einestheils den Appellanten für diese ihnen gegenüber unwiderstehliche Entziehung ihres Eigenthums oder doch mindestens aller darin enthaltener Nutzungs- und Schätzungs-Rechte eine und zwar dem vollen Werthe des Eigenthums entsprechende Entschädigung gebührt, und daß anderntheils diese Entschädigung von der Stadt Aachen, in deren Interesse jene Entziehung stattgefunden hat, zu leisten ist;

Daß nun zwar hiergegen die Stadt Aachen zunächst einwendet, daß das Alignement nicht durch sie bestimmt worden, sondern an dem Verbindungswege als Bezirksstraße zufolge Verordnung der Königl. Regierung bereits im Jahre 1824 statuirt worden sei, und diese Verordnung nur eine Eigenthumsbeschränkung durch Reglement im Sinne des Art. 544 des B. G.-B. darstelle; diese Einwendung jedoch an dem obigen Resultate nichs zu ändern vermag;

Daß nämlich zunächst, wie erwähnt worden ist, den Appellanten die Baulinie nicht durch die Königl. Regierung als Verwalterin der Bezirksstraße, sondern durch den Polizeipräsidenten Namens der Stadt Aachen vorgeschrieben worden ist;

Daß aber auch die Verordnung der Königl. Regierung bezüglich des Alignements der Bezirksstraße nur ein Ausfluß ihres Rechtes der Verwaltung der Bezirksstraße und der Interessen, die solche zu erfüllen berufen ist, war, und somit der Natur der Sache gemäß ihren Zweck erfüllt hatte, sobald die fragliche Straße die Qualität einer Bezirksstraße nicht mehr besaß;

Daß in dem Momente, wo die Königl. Regierung der Allerhöchsten Entscheidung gemäß die fragliche Straße, ihrer Qualität als Bezirksstraße entkleidet, der Verwaltung der Stadt Aachen als städtische Straße übergab, sie sich des Rechtes

Digitized by Google

der Verwaltung jener Straße als Bezirksstraße nicht blos der Art entäußerte, daß sie fortan in dieser Eigenschaft keine neue Verfügungen bezüglich dieser Straße mehr erlassen konnte und wollte, sondern auch der Art, daß ihre früher in dieser Hinsicht erlassenen Verordnungen von nun ab, weil ihr die Qualität und weil ihr der Wille zu deren Aufrechthaltung und Vollziehung mangelte, an und für sich keine verbindende Kraft mehr hatten, indem das Recht, solche Verordnungen zu erlassen und zu handhaben, auf eine andere Behörde übergegangen war;

Daß es namentlich in dieser Beziehung nicht wird bestritten werden können, daß die Stadt Aachen als neue Eigenthümerin der Straße an die seitens der Regierung im Interesse der Bezirksstraße erlassene Alignementslinie keineswegs gebunden war, sondern dieselbe, wenn sie dazu die gesetzlich vorgeschriebene Autorisation erhielt, vorwärts oder zurückschieben, oder gar ganz aufheben konnte, und daß, wenn sie daher, wie untergebens geschah, diese Linie beibehielt, sie dieses kraft eignen Rechtes und in ihrem eignen Interesse gethan hat, und für die Folgen davon, falls solche damit verbunden sind, selbst aufkommen muß;

Daß eine solche Verfügung mit den oben angegebenen Folgen selbstredend aber nicht eine reglementarische Beschränkung des Eigenthums darstellt, für welche als nur im allgemeinen Interesse geschehen Niemand als entschädigungsberechtigt und Niemand als entschädigungsverpflichtet angesehen werden könnte, sondern, wie oben gezeigt, den Charakter der Entziehung des Eigenthums oder doch aller der darin enthaltenen schätzbaren Rechte zum Nachtheile des Eigenthümers und im Interesse und also rechtlich auch zum Vortheile eines bestimmten Rechtssubjektes, nämlich der Stadt Aachen, enthält. weßhalb hier, wie oben erwähnt, das entgegengesetzte Resultat eintreten muß, ohne daß es selbstredend noch darauf ankommen kann, welcher rechtliche Charakter der früheren Regierungsverfügung inne gewohnt hat;

Daß von noch minderer Bedeutung die Einwendung der Stadt Aachen ist, daß sie nicht Eigenthümerin des fraglichen Terrains sei noch sein wolle, und sie die Eigenthümer an der Benutzung dieses Terrains nicht hindere, weil diese Einwendung mit der faktischen Sachlage, wie bereits angeführt, in direktem Widerspruche steht, die angeführte rechtliche Qualification demnach ohne allen Werth erscheint;

Daß es hier freilich richtig ist, daß die Stadt bezüglich dieses Terrains nicht als Rechtsnachfolgerin des Bezirks anzu-

Digitized by Google

sehen ist, weil sie von dem Bezirke nur die Bezirksstraße nicht aber auch das angeblich mit dem Alignement belastete Terrain erworben habe;

Daß sie aber auch appellantischerseits nicht als Rechtsnachfolgerin des Bezirkes, sondern wegen ihrer eignen Handlungen in Anspruch genommen wird;

J. E., daß es ferner nur der Erwähnung, nicht aber der Ausführung bedarf, daß die Stadt Aachen die richtige Verklagte ist, weil eben der Polizeipräsident, d. i. die gesetzmäßige städtische Polizeibehörde und handelnd in städtischem Interesse, die fraglichen Verfügungen und Anordnungen erlassen hat, und es rechtlich und namentlich den benachtheiligten Appellanten gegenüber gleichgültig ist, ob die Polizeiverwaltung der Stadt durch einen Königl. Polizeipräsidenten oder durch einen bloßen Communalbeamten ausgeübt wird, falls dieses, wie hier, der gesetzmäßigen Ordnung entspricht, und weil die Frage, ob die Stadt Aachen auch wirklichen Vortheil aus jenen Anordnungen erworben und ob dieselbe hierüber befragt worden sei, was Alles seitens der Appellatin noch eingewendet wird, selbstredend hier nicht in Betracht kommen kann.

(Folgen nun die Erwägungen bezüglich der Höhe der Entschädigung.)

III. Senat. Sitzung vom 13. Februar 1874.

Advokaten: Nacken — Wallraf.

Eisenbahnverband. — Betriebsunternehmer. — Unfall. — Verbandspackmeister.

Als Betriebsunternehmer, welche gemäß §. 25 des Preuß. Eisenbahn-Gesetzes vom 3. November 1838 und §. 1 des Reichsgesetzes vom 7. Juni 1871 für die auf den Eisenbahnen erfolgenden Beschädigungen aufzukommen haben, sind nur die Eigenthümer der Bahn und diejenigen Gesellschaften zu betrachten, welchen die Mitbenutzung der fremden Bahn staatlich concedirt ist.

Im Falle der Vereinigung mehrerer Eisenbahn-Gesellschaften zu einem Verbande nimmt die

Digitized by Google

eine Gesellschaft nicht dadurch an dem Betriebe auf der Bahn der andern Gesellschaft Theil, daß ein von ihr für den gemeinschaftlichen Dienst angestellter Beamter z. B. ein Verbandspackmeister in Ausübung dieses Dienstes auf die Bahn der andern Gesellschaft übergeht.

Letztere bleibt daher auch allein für den Unfall verantwortlich, den jener Beamte auf ihrer Bahn erleidet.

Creutz — Köln-Mindener Eisenbahn-Gesellschaft.

Ludwig Creutz, welcher von der Köln-Mindener Eisenbahn-Gesellschaft als Verbandspackmeister für den gemeinschaftlichen Dienst der zu einem Verbande vereinigten norddeutschen Eisenbahn-Gesellschaften angestellt war, hat nach seiner Behauptung in diesem Dienste bei drei Eisenbahn-Unfällen, nämlich: 1. am 30. October 1870 bei Entgleisung des Schnellzuges von Köln nach Berlin zwischen Wunstorf und Hannover; 2. am 13. Januar 1871 bei Entgleisung des Courierzuges von Köln nach Berlin bei Herne-Bochum und 3. in der Zeit vom 21. auf den 22. August 1871 bei einem Zusammenstoße des Courierzuges von Berlin nach Köln zwischen Magdeburg und Buckau körperliche Beschädigungen und Verletzungen erlitten, und ist in Folge dessen dienstuntauglich und überhaupt arbeitsunfähig geworden und aus seinem gedachten Amte entlassen worden. Hierauf gestützt hat Creutz am 4. November 1872 beim Königl. Landgerichte zu Köln gegen die Köln-Mindener Eisenbahn-Gesellschaft Klage erhoben mit dem Antrage, dieselbe auf Grund des §. 25 des Preuß. Eisenbahn-Gesetzes vom 3. November 1838 und des Reichsgesetzes vom 7. Juni 1871 zur Zahlung einer Summe von 3000 Thlrn. oder einer lebenslänglichen jährlichen Rente von 300 Thlrn. zu verurtheilen, unter ausdrücklichem Vorbehalte der Pensions-Ansprüche des Klägers aus der Beamten-Unterstützungskasse.

Die verklagte Gesellschaft bestritt den klägerischen Anspruch, indem sie namentlich geltend machte, daß die unter Nummer 1 und 3 artikulirten Eisenbahn-Unfälle nicht auf ihrer Strecke stattgefunden hätten, und sie dieserhalb also, auch wenn die Behauptungen des Klägers richtig wären, keine Ersatzpflicht treffen könne; was den Eisenbahn-Unfall unter Nummer 2

Digitized by Google

anbelange, so sei dieser von einer solchen Unbedeutendheit gewesen, daß hierdurch eine Erwerbsunfähigkeit des Klägers nicht eingetreten sei, wie dieses schon daraus hervorgehe, daß derselbe seinen Dienst sofort wieder angetreten und fortgesetzt habe. Im Uebrigen beziehe Kläger für seine Untauglichkeit im Eisenbahndienst die reglementsmäßige Invaliden-Pension, und könne ein Weiteres von ihr unter keinen Umständen gewährt werden.

Das Königl. Landgericht wies durch Erkenntniß vom 14. Mai 1873 die Klage kostenfällig ab, und erließ auf die Berufung des Klägers Creutz der Appellationsgerichtshof das folgende confirmatorische

Urtheil:

J. E., daß der Kläger und Appellant seit 1850 im Dienste der beklagten Eisenbahn-Gesellschaft als Schaffner und zuletzt als Verbandspackmeister engagirt war, als er nach einer in der Nacht vom 22. zum 23. August 1871 auf dem Courierzuge von Berlin nach Köln, zwischen Magdeburg und Buckau auf der Bahn erlittenen Beschädigung unter dem 16. August 1872 als Invalide mit einer Pension von 136 Thlrn. entlassen wurde, und die gegenwärtig auf Zahlung von 3000 Thlrn. oder einer lebenslänglichen Rente von 300 Thlrn. gerichtete Klage auf die Behauptung gegründet hat, daß er durch die seit 1870 im Dienste auf der Bahn wiederholt erlittenen Unfälle erwerbs- und arbeitsunfähig geworden, und daher die beklagte Gesellschaft auf Grund der Bestimmungen des §. 25 des Gesetzes vom 3. November 1838 und des §. 1 des Reichsgesetzes vom 7. Juni 1871 zur Zahlung der eingeklagten Summe als Schadenersatz verpflichtet sei;

Daß der erste Richter von den zu diesem Ende von dem Kläger aufgestellten drei Unfällen die beiden ersten von 30. Oktober 1870 auf dem Schnellzuge von Köln nach Berlin zwischen Wunstorf und Hannover und vom 13. Januar 1871 auf dem Courierzuge von Köln nach Berlin bei Herne-Bochum mit Recht nicht als die zureichende Ursache der eingetretenen Invalidität angesehen hat, da Kläger unbestritten bereits am 3. Februar 1871 bei seinen Vorgesetzten sich als gesund gemeldet und seitdem den Dienst bis zum 21. August 1871 unausgesetzt fortgesetzt hat, und Appellant neben dem im Dienstvertrage für den Fall der Invalidität vorgesehenen Anspruche auf Pension eine besondere Entschädigung hierauf nicht gründen kann;

Digitized by Google

Daß demnach nur das dritte Ereigniß in der Nacht vom 21. auf den 22. August 1871 auf dem Courierzuge von Berlin nach Köln zwischen Magdeburg und Buckau auf der Magdeburg-Halberstädter Eisenbahn in Betracht kommen kann, bei welchem der Kläger durch den Zusammenstoß zweier Züge an dem Knie und dem Arme beschädigt wurde und heftige Kopferschütterung erlitten hat, wonach er sodann nach den vergeblich angestellten Kurversuchen am 16. August 1872 von der beklagten Gesellschaft mit Pension als Invalide entlassen worden ist;

Daß jedoch hieraus, wie der erste Richter angenommen hat, ein Ersatzanspruch gegen die beklagte Gesellschaft nicht hergeleitet werden kann, da die hier fragliche Beschädigung weder auf der Bahnstrecke der beklagten Köln-Mindener Eisenbahn noch durch einen von ihr oder ihren Beamten geführten Zug erfolgt ist, indem die Bestimmungen der §§. 24, 25, 27 und 28 des Gesetzes vom 3. November 1838 in ihrer Verbindung und die Motive zum §. 1 des Reichsgesetzes vom 7. Juni 1871 keinen Zweifel darüber lassen, daß als Betriebsunternehmer, welche für die auf der Bahn erfolgten Beschädigungen aufzukommen haben, im Sinne dieser Gesetze nur die Eigenthümer der Bahn und diejenigen Gesellschaften zu betrachten sind, welchen die Mitbenutzung der fremden Bahn zum eigenen Betriebe staatlich concedirt ist;

Daß demnach ein Anspruch auf Schadenersatz auch nur gegen die Magdeburg-Halberstädter Eisenbahn resp. die Berlin-Magdeburger Eisenbahn-Gesellschaft, welche den Zug von Berlin abgelassen und durch ihre Beamten befördert hatte, begründet sein würde, und hiergegen die Ausführung des Klägers, daß auch die beklagte Köln-Mindener Eisenbahn-Gesellschaft um deswillen als Betriebsunternehmer ebenfalls zu betrachten sei, weil auch ihr die Mitbenutzung der fraglichen Strecke der Eisenbahn zustehe, und durch ihn, Kläger, als Packmeister resp. Verbandspackmeister zur Zeit des Unfalles ausgeübt sei, auf einer irrigen Auffassung beruht, da der von Berlin abgefertigte demnächst verunglückte Zug durch die Aufnahme des Klägers als Verbandspackmeister sich der eigenen Leitung und Beförderung der Güter und Personen auf der Bahn durch ihre Beamten, worin das Wesen eines selbstständigen Betriebes auf der Bahn besteht, nicht begeben hatte, die Funktionen der Verbandspackmeister, wie sie aus den vorgelegten, von der Verwaltung des norddeutschen Eisenbahn-Verbandes ertheilten

Digitized by Google

Instruktionen sich ergeben, vielmehr sich darauf beschränken, das den durchgehenden Verbandszügen zur Beförderung anvertraute Gut zu empfangen und zu überwachen und an die Verbandsstationen abzuliefern, und ausdrücklich hierbei ausgesprochen ist, daß sie im Dienste auf derjenigen Bahn, auf welcher sie sich befinden, nicht nur den Expedienten sondern auch allen Angestellten, welchen die einseitigen Packmeister und Güterzugführer dieser Bahnverwaltung unterworfen sind, untergeordnet seien;

Daß ferner auch die übrigen vom Kläger aufgestellten Behauptungen eine Verbindlichkeit der Beklagten zum Schadenersatze nicht begründen können;

Daß zunächst die von ihm angerufene Analogie des Frachtvertrages, wonach jeder der auf einander folgenden Frachtführer durch Annahme des Gutes und des Frachtbriefes eine gleiche selbstständige Verpflichtung zum Schadensersatze übernimmt, auf die hier streitige körperliche Beschädigung einer Person unzulässig ist und schon in ihren thatsächlichen Voraussetzungen auf den vorliegenden Fall nicht zutrifft;

Daß ebenso aus dem mit dem Kläger abgeschlossenen Dienstvertrage eine Verpflichtung der Beklagten zum Ersatze des denselben in ihrem Dienste auf einer fremden Bahn betroffenen Unfalls, welcher der Beklagten gegenüber nur als Zufall zu betrachten ist, nicht hergeleitet werden kann, und endlich auch die Betheiligung der Beklagten an dem norddeutschen Eisenbahnverband und die Bestellung des Klägers als Verbandspackmeisters die Annahme einer Mitverpflichtung nicht zu rechtfertigen vermag, da der zwischen den Eisenbahn-Gesellschaften Norddeutschlands geschaffene Verband, welcher die Erleichterung des gegenseitigen Betriebes auf ihren Bahnen bezweckt, immerhin auf einzelne bestimmte Gegenstände sich beschränkt, die Selbstständigkeit der einzelnen Gesellschaften in Bezug auf ihre Rechte und Verbindlichkeiten im Uebrigen aber nicht aufgehoben hat, aus der Vereinbarung über die Bestellung gemeinschaftlicher Verbandspackmeister eine Uebernahme der hier streitigen Verpflichtung an sich nicht folgt, und, da der Kläger selbst nicht behauptet, daß eine desfallsige Vereinbarung über die hier fragliche Verpflichtung ausdrücklich getroffen sei, auch jede Veranlassung fehlt, die Vorlegung der über den Verband getroffenen Verträge zu verordnen;

Daß hiernach der erstrichterlichen Entscheidung nur überall beigetreten werden kann;

Digitized by Google

Aus diesen Gründen

verwirft der Königl. Rhein. Appell.-Ger.-Hof die Berufung von dem Urtheile des Königl. Landgerichts zu Köln vom 14. Mai 1873 und verurtheilt den Appellanten auch in die Kosten dieser Instanz und in die hinterlegten Succumbenzgelder.

III. Senat. Sitzung vom 19. Februar 1874.

Advokaten: Pheifer — Nacken.

Eisenbahn. — Verlust des Frachtgutes. — Ersatzanspruch des Absenders. — Wiederauffindung des Gutes.

Durch die Bestimmung des §. 19 des Eisenbahn-Betriebs-Reglements vom 10. Juni 1870, wonach das einer Eisenbahn zum Transport übergebene Frachtgut vier Wochen nach Ablauf der Lieferungszeit als in Verlust gerathen zu betrachten, ist dem Absender das Recht verliehen, nach Ablauf der vorgedachten Frist, den Ersatz des Werthes des Guts nach Maßgabe des Frachtvertrags zu verlangen.

Hat er von diesem Rechte Gebrauch gemacht, so kann ihm dasselbe nicht dadurch wieder entzogen werden, daß die Eisenbahn nach Wiederauffindung des Gutes dasselbe ohne besondere Zustimmung des Absenders an den ursprünglichen Destinatär abliefert, und dieser es vorbehaltlos in Empfang nimmt.

A. Souheur und Comp. — A. Salters — Rheinische Eisenbahn-Gesellschaft.

Am 15. März 1872 empfing die Handlung A. Souheur und Comp. in Aachen von A. Salters daselbst 17 Kisten mit Maschinentheilen zur Spedition an Beel und Peltzer in Moskau und übergab solche zum Transporte der Rheinischen Eisenbahn. Im Mai 1872 wurden 16 Kisten durch Vermittlung des Spediteurs Pahnke in Moskau an die Destinatäre abgeliefert, die 17. Kiste aber gerieth in Verlust, und war trotz vielfacher Reklamationen der Absenderin die Ablieferung derselben von

Digitized by Google

Seiten der Eisenbahn bis zum 8. Juli 1872 noch nicht erfolgt. Jene ließ daher an diesem Tage der Güterexpedition der Rheinischen Eisenbahn in Aachen die schriftliche Erklärung zugehen, daß sie die fragliche Kiste als verloren betrachte und Ersatz des Werthes derselben und der entstandenen Kosten mit 440 Thlrn. verlange. Erst nach diesem Tage im Monate Juli kam die Kiste in Moskau an und wurde an den genannten Spediteur Pahnke abgeliefert. Da aber nunmehr Beel und Peltzer deren Annahme verweigerten, so nahm Pahnke dieselbe auf Lager.

Am 29. Juli 1872 erhob nun A. Salters gegen die Handlung A. Souheur und Comp. bei dem Königlichen Handelsgerichte in Aachen Klage auf Ersatz des Werthes der mehrgedachten Kiste mit 400 Thlr., und ließ darauf die Verklagte die Rheinische Eisenbahn-Gesellschaft zu ihrer Vertretung beiladen.

Durch Urtheil vom 29. Juli 1872 erklärte das Handelsgericht den Ersatzanspruch des Klägers im Prinzipe für begründet und ließ denselben zum Beweise des von der Verklagten bestrittenen Werthes der Kiste zu, wies dagegen die Adcitation als unbegründet ab, indem es von der Ansicht ausging, daß dadurch, daß der Spediteur Pahnke die ihm frachtfrei zugesandte Kiste vorbehaltlos an- und auf Lager genommen habe, gemäß Art. 408 des H.-G.-B. und §. 19 des Eisenbahn-Betriebs-Reglements vom 10. Juni 1870 jeder Anspruch gegen die Eisenbahn erloschen sei, hierbei aber die Verklagte insofern ein von ihr gemäß Art. 380 des H.-G.-B. zu vertretendes Verschulden treffe, als sie nicht den Zwischenspediteur Pahnke angewiesen habe, bei nachträglicher Ablieferung der fraglichen Kiste deren Annahme zu verweigern.

Gegen dieses Urtheil ergriff die Verklagte sowohl dem Kläger Salters als der Eisenbahn-Gesellschaft gegenüber die Berufung, erkannte aber in zweiter Instanz an, daß sie sich mit dem Kläger über bestimmte Sätze der Transportkosten geeinigt gehabt habe.

Der Appellationsgerichtshof erließ hierauf das folgende bezüglich der Adcitation reformatorische

Urtheil:

In E., was zuvörderst die von dem Appellaten Salters gegen die Appellantin erhobene Hauptklage auf Ersatz des

Digitized by Google

Werthes der fraglichen Kiste mit 400 Thlr. betrifft, daß die Parteien jetzt darüber einverstanden sind, daß zwischen ihnen eine Einigung über bestimmte Sätze der Transportkosten stattgefunden habe;

Daß es daher auf die von den Parteien in dieser wie in erster Instanz ventilirte und von dem Handelsgerichte bejahte Frage, ob Appellantin durch ein eigenes Verschulden auf Grund des Art. 380 des H.-G.-B. sich schadensersatzpflichtig gemacht habe, nicht weiter ankommen kann, Appellantin vielmehr für den nach ihrer eigenen Behauptung wirklich eingetretenen und von der appellatischen Eisenbahn verschuldeten Verlust des Frachtgutes gemäß Art. 384 des H.-G.-B. so, als wenn sie selbst Frachtführerin wäre, zu haften hat;

Daß hiernach der erste Richter, indem er die Appellantin zum Ersatze des Werthes der fraglichen Kiste für verpflichtet erklärt und beim Bestreiten der auf 400 Thlr. angegebenen Höhe dieses Werthes dem Appellaten den desfallsigen Beweis aufgegeben hat, die Appellantin nicht beschwert hat;

J. E., daß aber, was die Adcitation der appellatischen Eisenbahn-Gesellschaft betrifft, der Ansicht des ersten Richters, daß Appellantin dadurch, daß der Spediteur Pahnke die mehrgedachte, ihm franko zugesandte Kiste vorbehaltlos an- und auf Lager genommen habe, ihrer Regreßansprüche gegen die Eisenbahn auf Grund des Art. 408 des H.-G.-B. und des §. 19 des Eisenbahn-Betriebs-Reglements vom 10. Juni 1870 verlustig geworden, nicht beigetreten werden kann;

Daß nämlich der §. 19 des Betriebs-Reglements unter andern auch die allgemeine Verfügung enthält, daß das der Eisenbahn zum Transport übergebene Frachtgut vier Wochen nach Ablauf der Lieferungszeit als in Verlust gerathen zu betrachten ist, und daran die weiteren Bestimmungen knüpft, daß durch die Zahlung der Entschädigungssumme seitens der Eisenbahn und deren ohne Vorbehalt geschehene Annahme seitens des Entschädigungsberechtigten dessen Rechte auf das in Verlust gerathene Gut, auch wenn es später wieder aufgefunden wird, auf die Eisenbahn übergehen, der Entschädigungsberechtigte aber seine Rechte auf das verlorene Gut für den Fall der Wiederauffindung sich für die dort bestimmte Zeit vorbehalten kann;

Daß durch die erstere Verfügung nun unzweifelhaft dem Absender des in Verlust gerathenen Gutes das Recht verliehen ist, nach Ablauf der bezeichneten Frist statt des Gutes selbst

Digitized by Google

den Ersatz, je nach den Umständen zu einem reglementsmäßigen Satz oder nach Handelswerth, von der Eisenbahn zu verlangen;

Daß folgeweise, sobald der Absender von diesem Rechte Gebrauch macht, der zwischen ihm und der Eisenbahn geschlossene Frachtvertrag seine Erledigung gefunden hat, und damit auch der der letztern ertheilte Auftrag zur Ablieferung des Gutes an den Destinatär von selbst erloschen ist;

Daß an dem so zwischen dem Absender und der Eisenbahn geschaffenen neuen Rechtsverhältnisse nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen von letzterer einseitig nichts geändert werden kann, und ihr daher auch nicht das Recht zusteht, nach Wiederauffindung des verloren gegangenen Gutes ohne Zustimmung des Absenders den Frachtvertrag wieder in's Leben treten zu lassen;

Daß also, wenn trotzdem seitens der Eisenbahn eine Ablieferung des wieder aufgefundenen Gutes an den ursprünglichen Destinatär erfolgt, eine solche nicht als in Ausführung eines bestehenden Frachtvertrages geschehen zu betrachten ist, dieselbe vielmehr eine dem Absender völlig fremde Handlung darstellt, welche dessen Rechten in keiner Weise präjudiziren kann;

J. E., daß auch die Annahme, daß nach Ablauf der vierwöchentlichen Frist nur eine Vermuthung fur den Verlust des Frachtgutes eintrete, welche durch die Wiederauffindung von selbst zerstört werde, so daß, so lange ein Ersatz durch Zahlung der Entschädigungssumme nicht wirklich stattgefunden, der Absender zur Rücknahme des Gutes verpflichtet sei, unhaltbar erscheint, da eine solche Auslegung der betreffenden Bestimmungen des §. 19 weder dem Wortlaute noch dem Sinne derselben entspricht, und, statt das Recht und Interesse des Absenders zu wahren, denselben der Eisenbahn gegenüber in eine höchst ungünstige, dem guten Glauben und der Billigkeit entschieden widersprechende Stellung bringen würde;

J. E., daß nach allem dem die Appellantin durch ihre am 8. Juli 1872, also unzweifelhaft lange nach der vierwöchentlichen Frist des §. 19, abgegebene Erklärung, daß sie die Kiste als verloren betrachte und Ersatz des Werthes derselben und der entstandenen Kosten verlange, der Eisenbahn gegenüber ein definitives Recht auf Entschädigung erworben hatte, welches durch die später erfolgte Ablieferung der Kiste an

Digitized by Google

den Spediteur Pahnke und deren Annahme seitens des letztern nicht alterirt werden konnte;

Daß übrigens eine definitive Entscheidung über den der Appellantin seitens der Appellatin zu leistenden Ersatz zur Zeit noch nicht erfolgen kann, da es an jedem Anhaltspunkte zur Bestimmung der Höhe desselben mangelt, indem weder der über die fragliche Sendung ausgefertigte Frachtbrief vorgelegt ist, noch überhaupt von den Parteien über die Höhe der Entschädigung und die Grundsätze, nach welchen dieselbe in Gemäßheit des Frachtvertrags festzustellen ist, irgendwie verhandelt worden;

Daß daher in dieser Beziehung eine weitere Verhandlung zu verordnen ist, bei der Selbstständigkeit des vermittelst der Adcitation verfolgten Anspruchs der Appellantin und dessen Unabhängigkeit von der Hauptklage auch die Trennung der beiden Sachen keinem Bedenken unterliegt;

Aus diesen Gründen

verwirft der Appell.-Ger.-Hof die von der Appellantin gegen den Appellaten Salters bezüglich der Hauptklage eingelegte Berufung von dem Urtheile des Königl. Handelsgerichts zu Aachen vom 29. Juli 1872 als unbegründet, und verurtheilt die Appellantin zu den Kosten dieser Instanz und der gesetzlichen Strafe, verordnet sodann unter Aufhebung des Erkenntnisses des Handelsgerichts über die Adcitation eine weitere Verhandlung zwischen der Appellantin und der appellatischen Eisenbahn-Gesellschaft über die Höhe der von letzterer zu leistenden Entschädigung mit Rücksicht auf die obigen Motive und reservirt bis dahin die Entscheidung zur Sache selbst sowie hinsichtlich der Kosten.

I. Senat. Sitzung vom 4. März 1874.

Advokaten: Lautz — Herbertz — Compes.

In demselben Sinne entschied der I. Senat durch Urtheil vom selben Tage in der Sache der Bergisch-Märkischen Eisenbahn-Gesellschaft gegen Greuelsberg.

Advokaten: Schilling — Drewcke.

Falliment. — Provisorischer Syndik. — Verfügung über Immobilarrechte des Falliten.

Der provisorische Syndik ist zur freiwilligen Anerkennung eines Contumacialurtheils, welches die Auflösung eines Kaufvertrags über

Digitized by Google

Immobilien gegen das Falliment ausgesprochen hat, nicht befugt.

Falliment Porten — Erben Leutzgen.

Johann Porten, welcher im Frühjahr 1865 in Fallitzustand gerieth, verschuldete den Erben Leutzgen aus dem Ankaufe von Weinbergsparzellen noch einen Restkaufpreis. Jene forderten von dem provisorischen Syndik sofortige Zahlung, und erwirkten, da diese nicht erfolgte, am 20. März 1865 beim Königl. Landgerichte zu Trier ein Contumacialurtheil gegen den Syndik, durch welches die Resiliation der betreffenden Kaufverträge ausgesprochen und das Falliment zur Abtretung der angekauften Grundstücke verurtheilt wurde. Dieses Urtheil hat der Syndik mit dem Falliten am 18. Juni 1865 anerkannt, und erfolgte am 18. August 1865 die Einregistrirung dieses Anerkenntnisses. Nachdem der Syndik seiner Funktionen enthoben, und an seiner Stelle ein neuer provisorischer Syndik ernannt worden, erhob dieser am 12. August 1872 Einspruch gegen das gedachte Contumacialurtheil, indem er das Anerkenntniß des früheren Syndiks als unwirksam bestritt und eine Collusion zwischen den damaligen Parteien behauptete.

Durch Urtheil vom 27. November 1872 hat das Königl. Landgericht zu Trier den Einspruch als unzulässig verworfen. Auf eingelegte Berufung erließ der Appell.-Ger.-Hof das folgende reformatorische

Urtheil:

In E. auf die Berufung vom 27. November 1872, daß die Zulässigkeit und theilweise auch die Begründung der Opposition gegen das Contumacialurtheil des Landgerichts vom 20. März 1865, da dieses eine andere Vollziehung nicht erlangt hat, von der Frage abhängt, ob die durch den Falliten Porten und den provisorischen Syndik Kappes unterm 18. Juni resp. 18. August 1865 geschehene Anerkennung des Urtheils zu Recht beständig ist oder nicht;

In E. in dieser Hinsicht, daß nach den einschlägigen Bestimmungen des Code de commerce die provisorischen Syndike eines Falliments — abgesehen von einzelnen speziellen über ihren Fall nicht auszudehnenden Bestimmungen cf. Art. 492 — kein Verfügungsrecht, sondern nur ein Verwaltungsrecht und zwar nur unter Aufsicht des Richtercommissars haben, und dieses Verwaltungsrecht seine innere Beschränkung in dem Um-

Digitized by Google

stande findet, daß die Thatsache noch ungewiß ist, ob nicht in gefolge eines abzuschließenden Concordates das verwaltete Vermögen dem Falliten zur freien Disposition wieder zurückgegeben werden wird;

Daß daher nicht wird angenommen werden können, daß die Befugnisse eines provisorischen Syndiks, mindestens wenn er nicht unter spezieller Ermächtigung des Richtercommissars oder des Handelsgerichtes handelt, bezüglich der Fallitmasse weiter gehende seien, als die Befugnisse des Vormundes bezüglich des Vermögens des Mündels, vielmehr beide Verhältnisse als analoge anzusehen sind;

Daß nach Art. 464 des B. G.-B. aber der Vormund nicht berechtigt ist, eine auf Immobilarrechte des Minderjährigen bezügliche Klage als begründet anzuerkennen, folglich dieses Recht auch dem provisorischen Syndik zu versagen ist;

Daß demnach untergebens die Anerkennung des Contumacialurtheils vom 20. März 1865, welches die Auflösung verschiedener Kaufverträge gegen die Fallitmasse ausgesprochen hat, vor Ablauf der gesetzlichen Oppositionsfrist unter ausdrücklicher Anerkennung des Eigenthumsrechtes der Kläger, ohne Zweifel eine solche dem Verwalter eines fremden Vermögens nicht zuständige Anerkennung darstellt, und daher für wirkungslos zu betrachten ist;

J. E., daß u. s. w. (folgen nun die Ausführungen, daß eine Collusion zwischen dem früheren Syndik und den Appellaten anzunehmen, und daß dem Falliment noch zu gestatten sei, die Resiliation durch Zahlung abzuwenden).

Aus diesen Gründen

reformirt der Appell.-Ger.-Hof . . . . nimmt die Opposition gegen das Urtheil des Landgerichts zu Trier vom 20. März 1865 der Form nach an, u. s. w.

III. Senat. Sitzung vom 13. März 1874.
Advokaten: Bessel — Lautz.

Stempel. — Vertrag über die Gründung einer Aktien-Gesellschaft.

Der Vertrag über die Gründung einer Aktien-Gesellschaft, Inhalts dessen einer oder mehrere der Gründer Immobilien oder sonstige nicht in baarem Gelde bestehende Vermögens-

Digitized by Google

stücke in die Gesellschaft einlegen und dagegen, entsprechend dem Werthe dieser Vermögensstücke, Aktien der Gesellschaft erhalten, schließt bezüglich solcher Einlagen nicht einen Kauf- oder Tauschvertrag oder eine Hingabe an Zahlungsstatt in sich, und unterliegt also auch nicht bis zum Betrage jener Einlagen dem für solche Verträge vorgeschriebenen Werthstempel, sondern dem fixirten Vertragsstempel von 15 Silbergroschen.

Gasmotoren-Fabrik Deutz — Königl. Provinzial-Steuer-Direktion zu Köln.

Am 5. Januar 1872 thätigten die Kaufleute 1. Eugen Langen, 2. Nikolaus August Otto, 3. Gustav Langen, 4. Jakob Langen, 5. Emil Pfeifer und 6. Valentin Pfeifer vor Notar Eglinger zu Köln einen Akt, in welchem sie in Betreff der zwischen ihnen verabredeten Bildung einer Aktien-Gesellschaft zum Zwecke der Fortführung und Entwickelung der am Mülheimer Wege Gemeinde Deutz gelegenen Gaskraft-Maschinenfabrik der früheren Firma Langen, Otto u. Roosen beurkunden ließen:

Daß die zu 1 und 2 genannten Comparenten Eugen Langen und Nikolaus August Otto vom 1. Januar 1872 an die alleinigen Inhaber der genannten, mit allen Aktiven und Passiven an die neue Gesellschaft übergehenden, in Liquidation getretenen Firma Langen, Otto u. Roosen seien und beabsichtigten ihre Auseinandersetzung dadurch zu bewirken und den Aufschwung ihres Werkes wesentlich zu fördern, daß sie dasselbe in seiner ganzen Ausdehnung mit allen dazu erworbenen Grundstücken, allen Anlagen, Maschinen, Materialien und Vorräthen u. s. w., insbesondere auch mit den der aufgelösten Firma bis zum 1. Januar 1872 zur Benutzung und Ausbeutung überlassenen Privilegien, Patenten und Patentverträgen und Industrie als ihre Erfinder in die zu diesem Zwecke zu bildende Aktien-Gesellschaft gegen einen in liberirten Aktien zu leistenden Gegenwerth einbringen;

Daß die zu 3 und 4 genannten Comparenten Gustav Langen und Jakob Langen als stille Gesellschafter des Eugen Langen in dem Antheile desselben betheiligt, und die zu 5 und 6 genannten Comparenten Emil Pfeifer und Valentin Pfeifer ge-

Digitized by Google

willt seien, der Fortführung des Geschäftes in größerem Maßstabe und in der beabsichtigten neuen Form mit einem Kapitale von 100,000 Thlr. beizutreten;

Daß die Comparenten demnach übereingekommen, eine Aktien-Gesellschaft unter dem Namen Gasmotorenfabrik Deutz zu bilden zum Kapitale von vorläufig 300,000 Thlr. in 1500 Nominativ-Aktien zu 200 Thlr., in welche die zu 1 bis 4 genannten Comparenten das vorstehend Erwähnte, Alles wie es sich am 1. Januar 1872 befunden habe, einwerfen gegen 1000 Stück liberirter Aktien im Nominal-Werthe von 200,000 Thlr., während die zu 5 und 6 genannten Comparenten 500 Stück Aktien zu zeichnen erklären ad 100,000 Thlr., so daß hiermit das ganze vorläufige Aktien-Kapital von 1500 Aktien zu 200 Thlr. mit 300,000 Thlr. repräsentirt sei.

Der Akt enthält sodann im Wesentlichen noch die Berechnung des gedachten Einbringens nach den verschiedenen, dasselbe repräsentirenden Werthen, die den Leitern des Geschäfts zu gewährenden besondern Vortheile und das Statut der neu gebildeten Gesellschaft in der üblichen Form, in welchem die Höhe des Grundcapitals der Gesellschaft zu vorläufig 300,000, getheilt in 1500 Aktien zu 200 Thlr., angegeben ist.

Der Notar faßte diesen Akt als einen Gesellschafts-Vertrag auf und verwendete zu demselben also nur einen Stempel von 15 Sgr. Hiergegen wurde am 29. Februar 1872 von dem Königl. Stempelfiskal ein Monitum erhoben und die Verwendung des zu Kauf- und Tausch-Verträgen zu adhibirenden Stempels mit 1990 Thlr. 15 Sgroschen zu dem gedachten Akte verlangt.

Die Aktien-Gesellschaft unter der Firma Gasmotorenfabrik Deutz erhob demnach durch Ladung vom 14. Mai 1872 gegen die Königl. Provinzial-Steuer-Direktion in Köln Klage zu dem Königl. Landgerichte in Köln, um erkennen zu hören, daß die zu dem Akte des Notars Eglinger vom 5. Januar 1872 von dem Königl. Stempel-Fiskal constatirte Stempel-Defectirung ungerechtfertigt, und der von dem Notar adhibirte Stempel von 15 Sgr. dem Gesetze entsprechend sei.

Von der Verklagten wurde auf Abweisung der Klage und mittelst einer Widerklage auf Verurtheilung der Klägerin zur Zahlung des defektirten Betrages nebst Zinsen angetragen.

Das Königl. Landgericht trat der Anschauung der Steuerbehörde bei, wies die Klage ab und verurtheilte die Klägerin gemäß der erhobenen Widerklage.

Digitized by Google

Auf die von letzterer eingelegte Berufung erkannte der Appellationsgerichtshof in Uebereinstimmung mit dem Antrage des öffentlichen Ministeriums reformatorisch durch nachstehendes Urtheil, in welchem sowohl die Gründe des ersten Richters als auch die Ausführungen der Parteien sowie auch die von der Verklagten für sich angerufenen Entscheidungen verschiedener preußischen Gerichtshöfe ihre eingehende Würdigung gefunden haben.

Urtheil:

J. E., daß die Appellatin ihrem Anspruch auf den Kaufvertragstempel zunächst die Behauptung zu Grunde legt, daß bei einer Actiengesellschaft alle Einlagen nur in baarem Gelde bestehen könnten, und es vor Allem auf eine Prüfung dieser Behauptung ankommt;

Daß der Art. 207 des H.-G.-B., indem er das Wesen der Actiengesellschaft dahin beschreibt, daß die sämmtlichen Gesellschafter sich nur mit Einlagen betheiligen, keineswegs die Beschränkung enthält, daß dies nur Einlagen in Gelde sein können, sondern allgemein von Einlagen spricht, worunter in der allgemeinen Rechtssprache und im deutschen H.-G.-B., wenn der Ausdruck „Einlage" im Gesellschaftsrecht gebraucht wird, Vermögensstücke irgend welcher Art begriffen werden;

Daß, wenn man sich hiergegen darauf beruft, daß gesetzlich jede Aktien-Gesellschaft ihr Grundkapital haben, und dies in Aktien, welche auf einen Geldbetrag lauten, zerlegt werden müsse, dabei übersehen ist, daß der Ausdruck „Grundkapital der Gesellschaft" nicht wegen des Wortes „Kapital" lediglich Geld bedeutet, sondern unzweifelhaft nach dem üblichen Sprachgebrauch und, wie sich bei Vergleichung der Art. 240, 242, 248 und anderer Artikel im Titel von der Aktien-Gesellschaft ergibt, auch in der Gesetzessprache des H.-G.-B. überhaupt das Vermögen bezeichnet, mit welchem die Aktien-Gesellschaft gegründet ist und dessen Höhe sich durch Schätzung aller Vermögensobjekte zu Gelde bestimmt, und daß demnach auch die Aktie nach der bei den Aktien-Gesellschaften üblichen und vorgeschriebenen Form die einzelne Antheilsberechtigung an dem jeweiligen, sei es in Geld oder in anderen Objekten bestehenden, Gesammtvermögen der Aktien-Gesellschaft darstellt, keineswegs aber stets den bestimmten Theil eines in Geld bestehenden Kapitals repräsentirt oder zu der Summe berechtigt, auf welche sie lautet, was aus den Artikeln 207 und 207 a nur bei unrich-

Digitized by Google

tiger Auffassung des Sinnes und des Zweckes dieser Artikel hergeleitet werden kann;

Daß im Handelsgebrauch vor und nach Abfassung des deutschen H.-G.-B. Aktien-Gesellschaften häufig durch unmittelbares Einbringen von Immobilien oder von sonstigem Vermögen der Gesellschafter gebildet worden sind, und das H.-G.-B. dies nicht zurückgewiesen hat, sondern dem Handelsgebrauch gefolgt ist, als es im Art. 207 die Einlagen nicht auf Geldeinlagen beschränkte, auch der durch das Bundesgesetz vom 11. Juni 1870 eingeschobene Artikel 209 b ausdrücklich Einlagen, welche nicht in baarem Gelde bestehen, bei der Bildung von Aktien-Gesellschaften erwähnt und als zulässig vorausgesetzt und anerkannt hat;

Daß dieser Sachverhalt sich durch die Entstehungs-Geschichte der betreffenden Gesetzesbestimmungen noch mehr bestätigt;

Daß nämlich der Preußische Entwurf zum H.-G.-B. sowohl für die Aktien-Gesellschaften in einem Art. 183, wie für die Commandit-Aktien-Gesellschaften in einem Art. 159 den Fall, wenn ein Gesellschafter eine nicht in baarem Gelde bestehende Einlage macht, hervorhob, und für diesen Fall bei der Bildung der Gesellschaft eine Controlle durch die General-Versammlung der Aktionäre vorschrieb, um allen Aktionären und indirekt auch den Gläubigern der Gesellschaft eine Garantie gegen Benachtheiligung durch solche Einlagen zu schaffen;

Daß man dabei, wie sich aus den Motiven zu diesem Entwurf ergibt, ein in Frankreich erlassenes Gesetz vom 17. Juli 1856 zum Vorbild genommen hatte, in welchem bei den Commandit-Aktien-Gesellschaften der Fall, wenn ein Gesellschafter eine nicht in Baarem bestehende Einlage macht, mit denselben Worten ausgezeichnet, dabei auch an mehreren Stellen davon gesprochen war, daß alsdann das Grundkapital (capital social) nur zum Theil in baarem Gelde (en numéraire) bestehe, und wegen der bei solchen Einlagen häufig vorgekommenen Täuschungen dieser Fall der erwähnten Controlle unterworfen war;

Daß bei Berathung des allgemeinen deutschen H.-G.-B. jene Bestimmung des ihr zu Grunde gelegten Preußischen Entwurfs für die Commandit-Aktien-Gesellschaften beibehalten wurde (Art. 180 des H.-G.-B.), für die Aktien-Gesellschaften aber abgelehnt wurde, weil man den Zweck derselben schon durch die bei den Aktien-Gesellschaften erforderliche Genehmigung der Staats-Regierung und die von dieser gehandhabte Controlle zu erreichen glaubte, wie denn auch in Frankreich jene Bestimmung

Digitized by Google

für die sogenannten anonymen Gesellschaften (die Aktien-Gesellschaften des Code de commerce), welche der Autorisation durch den Landesherrn bedurften, nicht eingeführt war;

Daß, als später in Frankreich durch ein Gesetz vom 23. Mai 1863 die der Autorisation nicht bedürfenden Gesellschaften mit beschränkter Haftung (à responsabilité limitée) eingeführt wurden, in dem Art. 5 dieses Gesetzes der Fall, wenn ein Gesellschafter eine nicht in Geld bestehende Einlage macht, ebenfalls wiederum in gleicher Weise hervorgehoben, und die Genehmigung der General-Versammlung dafür vorgeschrieben wurde;

Daß dann in einem neuen französischen Gesetze über die Societäten vom 24. Juli 1867, in welchem auch für die anonymen Gesellschaften die staatliche Autorisation abgeschafft worden ist, nicht nur im Art. 4 bei den Commandit-Gesellschaften des Falles der Einlagen, welche nicht in baarem Gelde bestehen, gedacht und jene Controllmaßregel für sie vorgeschrieben wurde, sondern auch in Art. 24 für die anonymen Gesellschaften verfügt wurde, daß dieselbe Bestimmung auch bei ihnen Anwendung finden solle, wobei in dem folgenden Art. 25 ebenfalls ausdrücklich davon ausgegangen ist, daß in diesem Falle das Grundkapital der Aktien-Gesellschaft theils in baarem Gelde theils in den Einlagen bestehe;

Daß das Bundesgesetz vom 11. Juli 1870 wesentlich bezweckte, das Erforderniß der staatlichen Genehmigung bei den Aktien-Gesellschaften abzuschaffen, und diese Maßregel ausweise der Motive zum Entwurf des Bundesgesetzes der Grund zur Aufnahme des Art. 209 b in das H.-G.-B. war, welcher, wie die Motive erklären, eine dem oben erwähnten Art. 183 des Preuß. Entwurfs entsprechende Bestimmung sein soll, und wie sein Inhalt und die in den Motiven sich findende Bezugnahme der Art. 4 und 24 des französischen Gesetzes vom 24. Juli 1867 zeigt, diesem letztern Gesetze nachgebildet ist;

Daß es hiernach unverkennbar ist, daß im Art. 209 b des H.-G.-B. unter Einlagen dasselbe verstanden werden muß, was in Art. 180 des H.-G.-B.. in Art. 183 des Preußischen Entwurfs und in den erwähnten französischen Gesetzen, nämlich Vermögensstücke jeder Art, mit welchen sich ein Gesellschafter an dem Gesellschaftsvertrag bei der Gesellschaft betheiligt, sonach es auch bei der Aktien-Gesellschaft zulässig ist, nicht in Geld bestehende Einlagen zu machen, welche alsdann von vornherein unmittelbare Bestandtheile des Grundkapitals der Gesellschaft bilden;

Digitized by Google

Daß es mithin eine gänzlich unhaltbare Construction der Appellatin ist, als ob eine Aktien-Gesellschaft nur mit baarem Gelde gebildet werden könne, und als ob vermöge einer an sich nicht einmal schlüssigen Folgerung aus diesem Satze in den Fällen, in welchen bei der Bildung einer Aktien-Gesellschaft von den Gesellschaftern andere Vermögensstücke vertragsmäßig als Einlagen eingebracht werden sollen, dies dadurch vermittelt werde, daß die Gesellschaft die einzubringenden Vermögensstücke mit einem entsprechenden Theil ihres nur in Gelde bestehenden Grundkapitals von den Gesellschaftern kaufe oder gegen Aktien eintausche, oder als ob, wie man sich ausgedrückt hat, der Gesellschafter, welcher die Einlage macht zur Tilgung einer, wenn auch nicht ausdrücklich, so doch nach der Natur der Sache von ihm eingegangenen Zeichnungsschuld, zur Berichtigung einer von ihm als Einlage zu zahlenden Geldsumme seine Vermögensstücke in Zahlung gebe;

Daß man für diese aller Grundlage entbehrende Construktion mit Unrecht in der Fassung des Art. 209 b des H.-G.-B. Anhaltspunkte gesucht hat;

Daß, wenn in diesem Artikel die Einlage, welche nicht in baarem Gelde besteht, eine auf das Grundkapital anzurechnende genannt ist, diese Bezeichnung keineswegs eine materielle Verschiedenheit vom Art. 180 des H.-G.-B. ausdrückt, vielmehr an sich ohne juristische Bedeutung ist und dazu dient, die Einlage, welche ein Theil des Gesellschafts-Vermögens ist und deren Werth daher bei der Höhe des Grundkapitals in Rechnung kommt, von dem in den Art. 209 b zusätzlich zu dem Text des Art. 180 hineingebrachten, an sich heterogenen Falle anderweitiger Uebernahmen zu unterscheiden;

Daß man mit diesem Zusatz laut den Motiven zum Bundesgesetz bezweckt hat, den Fall zu treffen, daß ein Gesellschafter sein Vermögensstück, welches er einbringen will, statt dessen zur Umgehung der Bestimmung des Gesetzes durch einen Dritten als fingirten Eigenthümer an die Gesellschaft übertragen und verkaufen ließe, ein solcher nur der Simulation wegen beigefügter Zusatz aber unzweifelhaft den Charakter des ganzen Artikels und insbesondere den Begriff der Einlage, welche nicht in baarem Gelde besteht, nicht hat umwandeln sollen und nicht umgewandelt hat;

Daß eine Zusammenfassung des Falles der Einlagen und des Falles der Uebernahme durch Kauf in demselben Artikel

Digitized by Google

nur die in diesem Artikel getroffene Controllverfügung für beide Fälle gemeinschaftlich macht, dagegen die rechtliche Natur eines jeden der verschiedenen Fälle nicht ändert, wie denn auch selbst in der Fassung, welche der Art. 209 b erhalten hat, beide Fälle ihrer Natur nach unterschieden sind, indem dem Falle der Einlage die Feststellung des Werthes und der Zahl der Aktien, dem anderen Falle die Bestimmung des Preises entspricht;

Daß der Vertrag, von dessen Genehmigung durch die Generalversammlung der Art. 209 b redet, rücksichtlich der Einlage die gesellschaftliche Uebereinkunft über den Werth der Einlage und die ihm entsprechende Aktienzahl zum Gegenstande hat, also integrirender Bestandtheil des Gesellschaftsvertrages selber ist, und nur dann als ein Vertrag neben und außer dem Gesellschaftsvertrag aufgefaßt werden kann, wenn man von der ungerechtfertigten Unterstellung ausgeht, daß der concrete Aktiengesellschaftsvertrag, um den es sich handelt, schon ohne den gedachten Bestandtheil, also mit Einlagen, die er nicht haben soll, zu Stande gekommen und perfect geworden sei;

Daß es ganz unberechtigt ist, den Art. 209 b dahin zu deuten, als sei darin gesagt, daß die Verabredung über die Einlage in dem nämlichen Akt, in welchem die Bildung der Gesellschaft beurkundet wird, geschehen *könne*, was dann zu der Annahme Raum schaffen soll, daß in Fällen, in welchen dies wirklich geschehen ist, gleichzeitig zwei verschiedene Verträge vorlägen, wogegen vielmehr der Art. 209 b die Festsetzung des Werths der Einlage im Gesellschaftsvertrag *verlangt*, wie denn auch der Begriff der Einlage wesentlich mit sich bringt, daß die desfallsige Vereinbarung rechtlich mit dem Gesellschaftsvertrage zusammenfällt, und weder von demselben gesondert, noch zu demselben hinzugefügt werden kann;

Daß auch die Folgerung, welche man dahin gezogen hat, weil nach Art. 209 b der Gesellschafter, welcher die nicht in Gelde bestehende Einlage macht, in der Generalversammlung in Betreff derselben keine Stimme habe, und in gleicher Lage sei wie derjenige, welcher zur Bildung der Aktiengesellschaft ein Vermögensstück verkauft, so contrahire auch jener nicht als Gesellschafter, und sein Einbringen in die Gesellschaft sei ebenfalls ein Verkauf, offenbar ohne alle Berechtigung ist und einfach in sich zerfällt, weil das persönliche Interesse, welches die betreffenden Personen von der Abstimmung ausschließt, in dem

Digitized by Google

einen Falle das Einlageverhältniß, in dem anderen Falle einen Kauf betrifft, und weil die Beziehung, in welcher die Lage dieser Personen eine gleiche ist, lediglich darin besteht, daß es für beide Fälle der Genehmigung der Generalversammlung bedarf, welches alles die Verschiedenheit der zu genehmigenden Uebereinkunft nicht berührt;

J. E., daß in den Motiven und in den Vorbereitungen zum Bundesgesetz nirgend eine Andeutung für die Auffassung sich findet, daß der Art. 209b in Abweichung von seinem Ursprung eine an sich schon mit baarem Gelde gebildete Aktiengesellschaft voraussetze, und das Gesetz sich hier des Ausdrucks „Einlage" mißverständlich und begriffswidrig bediene, im Gegentheil die Motive zum Bundesgesetz unter Bezugnahme auf Art. 4 und 24 des französischen Gesetzes besagen: daß die Genehmigung der Zulässigkeit und Abschätzung der nicht in baarem Gelde bestehenden Einlage der definitiven Constituirung der Gesellschaft vorhergehen müsse, „weil solches zur Feststellung des Grundkapitals nothwendig sei;"

Daß diese letztere Erklärung offenbar die für die Appellatin aufgestellten Behauptungen gradezu widerlegt, als ob alle Gesellschafter bei einer Aktiengesellschaft unbedingt zunächst einen Geldbetrag stipuliren müßten, als ob durch das Ueberlassen von Vermögensstücken an die Gesellschaft das Grundkapital nicht constituirt werden könne, als ob vielmehr das Grundkapital durch Fixirung seiner Höhe schon vor Abschätzung der einzulegenden Vermögensstücke vorhanden sei, und als ob aus diesem Fonds die einzulegenden Vermögensstücke angeschafft würden;

J. E., daß nunmehr weiter geprüft werden muß, ob es haltbar ist, wenn die Appellatin gleichwohl aus der Natur der Aktiengesellschaft und der Aktien herleitet, daß bei dieser Art von Handelsgesellschaften die Einlage Kauf, Tausch oder Hingabe an Zahlungsstatt in sich schließe;

Daß es zunächst ein gänzlich verfehltes Argument ist und nur ein Wortspiel darstellt, wenn gesagt worden ist, sofern es zulässig, aber nicht nothwendig sei, daß bei einer Aktiengesellschaft die Einlagen auch in andern Vermögensstücken als Geld bestehen können, gehöre der Vertrag über eine Einlage dieser Art nicht zum essentiale negotii des Aktiengesellschaftsvertrages, und sei daher von diesem als ein eignes Geschäft abzusondern, was lediglich darauf hinausläuft, ein und dasselbe

Digitized by Google

concrete Rechtsgeschäft in ein abstractes und ein concretes Geschäft zu spalten, und daraus zwei concrete Geschäfte zu machen;

Daß es auch für die Aktiengesellschaft aus den Rechtsbegriffen folgt, daß die Vereinbarung über die Einlage, welche in dem concreten Gesellschaftsvertrag getroffen ist, einfach Bestandtheil dieses Gesellschaftsvertrages ist, und es nicht zulässig sein kann, aus diesem Gesellschaftsvertrag den integrirenden Bestandtheil, ohne welchen er selbst nicht vorhanden ist, gleichwie einen Zusatz auszuscheiden und für ein eigenes Geschäft oder ein Nebengeschäft zu erklären, während es eine innere Unmöglichkeit ist, daß die Vereinbarung, welche lediglich zum Gegenstand hat, sich unmittelbar mit einer gesellschaftlichen Einlage bei einer sich bildenden Gesellschaft zu betheiligen, zugleich ein anderes Rechtsgeschäft sei, welches für die Uebertragung des Eigenthums eine andere causa voraussetzt und einen ganz verschiedenen rechtlichen Charakter hat;

Daß die Gegenargumente, welche aus der Besonderheit der Aktiengesellschaft hergeleitet werden, theils das entscheidende Moment, an welches gemäß den Stempelgesetzen der Anspruch der Appellatin geknüpft ist, bei Seite setzen, theils das Wesen der Aktiengesellschaft und der Aktien unrichtig auffassen;

Daß die bekannte Streitfrage, ob die Aktiengesellschaft eine moralische Person sei, dahin gestellt bleiben kann, da sie den hier zu entscheidenden Punkt nicht trifft;

Daß es nämlich unrichtig ist, wenn man zur Erörterung der Stempelpflichtigkeit, um welche es sich hier handelt, den Schwerpunkt in die Frage verlegt, ob das zur Einlage gemachte Vermögensobject aus dem Vermögen einer Person in das Vermögen einer anderen Person übergehe;

Daß es freilich unhaltbar ist, zu behaupten, daß bei der Aktiengesellschaft die Aktionäre an den einzelnen Vermögensstücken der Gesellschaft Miteigenthümer pro indiviso wären, oder daß der einlegende Gesellschafter zu einem ratirlichen Theil die Einlage in seinem Vermögen behielte, wie auch unzweifelhaft bei Auflösung der Aktiengesellschaft das Eigenthum an der Einlage nicht an den Einbringer zurückfällt;

Daß aber die hier in Rede stehende Stempelpflichtigkeit nicht an den Uebergang des Eigenthums von einer Person auf eine andere (an die Mutation) geknüpft ist, sondern gemäß

Digitized by Google

dem Stempelgesetze von der Natur desjenigen Rechtsgeschäfts, durch welches das Eigenthum übergeht und welches in der Urkunde verbrieft ist, abhängt;

Daß es ebenfalls nicht zutreffend ist, wenn man Gewicht darauf legt, daß bei der Aktiengesellschaft kein gemeinschaftliches Eigenthum wie bei der gewöhnlichen Societät nach Preußischem Landrecht oder nach gemeinem Recht entsteht, da das Stempelgesetz nicht etwa die Bestimmung enthält, daß Societätsverträge, wobei man die Societätsverträge nach damaligem Recht im Auge gehabt haben könnte, nur einen Stempel von fünfzehn Sgroschen tragen, vielmehr gemäß dem System des Stempelgesetzes gewisse Arten von Verträgen, wie Kauf, Tausch oder Hingabe an Zahlungsstatt ausgezeichnet sind, und den höheren Vertragswerthstempel tragen, alle übrigen Verträge aber, welche nicht zu jenen ausgezeichneten gehören, nur mit dem Stempel von fünfzehn Sgroschen belegt sind, daher der Anspruch der Appellatin den positiven Nachweis eines jener ausgezeichneten Verträge erfordert;

Daß nach dem allg. deutschen Handelsgesetzbuch auch bei der offenen Handelsgesellschaft und bei der Commandit-Gesellschaft das Eigenthum der Vermögens-Einlage aus dem Vermögen des Gesellschafters, welcher sie einbringt, in das Vermögen der Handelsgesellschaft übergeht, und anerkannten Rechtens die Gesellschafter nicht Miteigenthümer der einzelnen Vermögensstücke der Gesellschaft sind, auch nach Auflösung der offenen Handelsgesellschaft die Einlagen nicht an die Einbringer zurückfallen, gleichwohl noch niemals versucht worden ist zu behaupten, daß in dem Einbringen als Einlage ein Kaufgeschäft liege, auch der Steuerfiskus, wie nicht widersprochen ist, in bisheriger constanter Praxis darauf den Kaufvertragstempel nicht angewendet hat, ein Argument, welches die Appellatin nicht einfach als der gegenwärtigen Sache fremd bei Seite setzen kann, während es eine innere Inconsequenz ihres Systems an Tag legt;

Daß, wenn zur Bildung einer Aktiengesellschaft ein Gesellschafter sich bei der Gesellschaft mit Einlagen, sie mögen in Gelde oder in anderen Vermögensstücken bestehen, betheiligt und solches beurkundet wird, dies gesetzlich ein Gesellschafts-Vertrag ist, und das Eigenthum an dem Vermögensstücke in das Vermögen der Gesellschaft unmittelbar durch ein Rechtsgeschäft

Digitized by Google

übergeht, welches kein Kauf, kein Tausch und keine Hingabe an Zahlungsstatt ist, es aber offenbar in der Theorie von der moralischen Persönlichkeit der Aktiengesellschaft zu weit geht, wegen ihrer behaupten zu wollen, die Aktiengesellschaft sei ihrer innern Natur nach keine Gesellschaft, und der Gesellschaftsvertrag, welcher sie begründet, kein Gesellschaftsvertrag, während das Gesetz ihn so nennt und überall so auffaßt, und gesellschaftliche Rechte durch ihn entstehen läßt;

Daß, wie man auch immer von theoretischem Standpunkt auf Grundlage des römischen oder gemeinen Civilrechts an dem Art. 216 des H.-G.-B. Anstoß nehmen möge, doch das wirkliche Sachverhältniß der gesellschaftlichen Betheiligung dadurch ausgedrückt wird, welche sich, wenn auch der Antheil genossenschaftlich gebunden ist und, so lange die Aktiengesellschaft fortbesteht, nicht realisirt werden kann, während der Dauer der Gesellschaft in der Vertheilung des von der Gesellschaft erworbenen Gewinnes, bei Ende der Gesellschaft in der Vertheilung des Vermögens der Gesellschaft unter die Gesellschafter nach Maaßgabe ihrer Einlagen äußert, und an welche sich eine Reihe von vielen sonstigen gesellschaftlichen Rechten und Verhältnissen anknüpft;

Daß es nicht angeht, von diesem das Wesen der Sache bildenden Verhältniß wegen einer Eigenschaft der moralischen Persönlichkeit zu abstrahiren, während das gesellschaftliche Wesen keineswegs durch das corporative Element unterdrückt wird, sondern das letztere nur hinzutritt, und die Eigenschaft einer moralischen Persönlichkeit auch selbst nur eine Fiction ist, welche je nach dem zu Grunde liegenden materiellen Sachverhalt sich modifizirt und nicht die Tragweite haben kann, den Gesellschaftsvertrag der Aktiengesellschaft zu dem Schöpfungsakt einer Corporation zu machen, welcher nicht einmal unter die Verträge und noch weniger unter die den Kaufwerthstempel tragenden Verträge fiele, wie es denn auch einer näheren Erörterung darüber nicht bedarf, wie die Aktiengesellschaft sich hinsichtlich ihres Vermögens während ihres Bestehens und nach ihrer Auflösung von einer Corporation unterscheidet;

Daß es sich in einem inneren Widerspruch bewegt, wenn man behauptet, derjenige, welcher zur Bildung einer Aktiengesellschaft mit Andern zusammentritt und inmitten der übrigen Mitcontrahenten das Vermögen der Gesellschaft durch Einlagen von sich und den übrigen zusammen bringt, trete dabei als ein

Digitized by Google

außerhalb der Gesellschaft stehender Contrahent der Gesellschaft gegenüber, und es schließe hierbei die Gesellschaft, welche ein mit seiner Einlage gebildetes Vermögen repräsentirt, mit ihm einen Kaufvertrag ab, um seine Einlage zu erwerben;

Daß auch der Art. 209 b des H.-G.-B. keine Handhabe zu solchen Constructionen bietet, da der Grund, weshalb der einlegende Gesellschafter in der Generalversammlung nicht mitstimmen soll, nicht der ist, daß er mit der Gesellschaft einen Contract schließt, sondern lediglich darin besteht, daß sein Mitstimmen die Wirksamkeit der den Gesellschaftsvertrag selbst betreffenden Controllmaßregel schwächen oder vereiteln würde;

Daß es nicht erforderlich ist, in nähere Erörterungen darüber einzugehen, was daraus, daß die Aktiengesellschaft erst später zur rechtlichen Existenz gelangt, rücksichtlich des Stempels des Vertrages, um welchen es sich hier handelt, oder rücksichtlich der zu diesem Stempel verpflichteten Personen zu folgern wäre, da die rechtliche Natur der gesellschaftlichen Uebereinkunft über die Einlage nicht davon abhängt, ob und wann die Aktiengesellschaft zu Stande kommt, dagegen entscheidend ist, daß für ein Vermögen, welches den Besitz der fraglichen Einlage voraussetzt, diese Einlage nicht noch gekauft oder eingetauscht oder in Zahlung angenommen werden kann;

J. E., daß die Aktie, welche der Gesellschafter gegen seine Einlage bei der Aktiengesellschaft erhält, der Schein über seine Betheiligung bei der Aktiengesellschaft ist, und man mit Unrecht dies bei Seite setzt, dagegen in den Vordergrund stellt, daß dieser Schein ein Werthpapier sei, um daran die Auffassung anzuknüpfen, als ob die Aktiengesellschaft dies selbstständige Werthpapier als Kaufpreis oder Tauschobject ihrem Actionär hingebe, oder als ob durch die Aktie eine Schuld der Aktiengesellschaft aus einem solchen Geschäft bescheinigt oder getilgt werde;

Daß es allerdings möglich ist, daß bei einer Aktiengesellschaft, deren Grundkapital nach dem concreten Gesellschaftsvertrag nur in baarem Gelde besteht, mit einem Zeichner, welcher demgemäß sich zur Geldeinzahlung verpflichtet hat, hinterher ein besonderer Vertrag dahin geschlossen wird, daß er, statt das Geld einzuzahlen, ein Vermögensobject der Aktiengesellschaft zu Eigenthum übertrage, sonach eine Hingabe an Zahlungsstatt vorliegt, sofern die gedachten Voraussetzungen vorhanden sind,

Digitized by Google

was aber bei einer nicht lediglich mit baarem Gelde, sondern mit der anderweitigen Vermögenseinlage selbst sich bildenden Aktiengesellschaft nicht der Fall ist;

Daß aber eine Aktiengesellschaft ihre eigenen Aktien nicht verkaufen oder vertauschen kann, sondern stets als Betheiligungsscheine hingibt, und von diesem, die Aktie rechtlich charakterisirenden Wesen sich nicht absehen läßt;

Daß eine Aktiengesellschaft ihre eigenen Aktien nicht als Objekte ihres Vermögens besitzt, weil, wie auch die Motive zum Bundesgesetz vom 11. Juni 1870 sagen: die Aktien die Berechtigung des einzelnen Gesellschafters an der Gesellschaft darstellen, und die Aktiengesellschaft nicht zugleich als eine von den Aktionären zu unterscheidende Persönlichkeit und dann auch wiederum selbst als Aktionär erscheinen kann, sonach es rechtlich nicht denkbar ist, daß eine Aktiengesellschaft bei sich selbst eine Aktie habe, ein Grundsatz, auf welchem auch der in das H.-G.-B. durch das Bundesgesetz eingerückte Absatz 3 des Art. 215 beruht, welcher den Erwerb der eignen Aktien hervorhebt, weil vornehmlich nach dieser Richtung hin die Verkennung jenes Grundsatzes schädliche Wirkungen hat;

Daß daher bei dem Rechtsgeschäft, welches in Betreff der Gesellschaftseinlage und der Aktie im Verhältniß des Einlegenden und der Gesellschaft vor sich geht, aus dem Vermögen der Gesellschaft weder Geld, noch ein sonstiges Objekt dieses Vermögens gegen die Einlage hingegeben wird, mithin ein Kauf oder Tausch nicht vorliegt;

Daß dies noch evidenter durch die Betrachtung an Tag tritt, daß man bei der entgegengesetzten Annahme consequent behaupten müßte, daß bei einer Aktiengesellschaft, deren Grundkapital lediglich in baarem Gelde besteht, der Aktionär mit seinem Gelde sich eine Aktie bei der Gesellschaft kaufe, also der Gesellschaftsvertrag einen Kaufvertrag über die Aktie in sich schließe, und einen Kaufvertragstempel zu tragen habe, was noch niemand behauptet hat, und niemals in Anwendung gebracht worden ist;

Daß die Aktie auch kein Titel über eine Schuld der Aktiengesellschaft ist, da man den materiellen rechtlichen Sachverhalt über der äußerlichen Erscheinung hintansetzte, wenn man die Betheiligung bei der Gesellschaft als eine Forderung an dieselbe auffassen wollte;

Digitized by Google

Daß hiergegen nicht angeführt werden kann, daß nach Art. 239a des H.-G.-B. der Betrag des Grundkapitals unter die Passiven der Bilanz aufzunehmen ist, da diese Bestimmung nur einen üblichen und richtigen Rechnungsmodus zum Zweck der Ermittlung des vertheilbaren Gewinnes wahrt, eine wirkliche Schuld der Gesellschaft in ihren Aktien aber ebensowenig ausdrückt und anerkennt, als der nach demselben Artikel ebenfalls unter die Passiven aufzunehmende Betrag des Reservefonds eine Schuld der Gesellschaft bei sich selber ist;

Daß mithin die Aktiengesellschaft durch die Aktien auch keine Schuld aus einem Kaufpreis zur Erwerbung von Einlagen bescheinigt oder tilgt;

Daß vielmehr das Geschäft, welches vor sich geht, wenn der Gesellschafter seine Einlage macht und dagegen Aktien erhält, rein auf dem gesellschaftlichen Boden bleibt, indem der betreffende Contrahent unmittelbar durch sein Eintreten mit der Einlage Gesellschafter wird, und durch diese Einlage das Recht der Betheiligung bei der Gesellschaft erwirbt, und die darauf folgende Hingabe der entsprechenden Aktie nur die Aushändigung des Scheins über das Betheiligungsrecht ausmacht;

Daß dies Rechtsgeschäft, auf welches es bei der hier in Frage stehenden Stempelpflichtigkeit einzig ankommt, dadurch nicht berührt wird, daß von dem Aktionär sein Betheiligungsrecht und sein Schein über dasselbe weiterhin zum Gegenstand eines Verkaufs oder sonstiger Rechtsgeschäfte gemacht werden kann, in welcher Beziehung es für die rechtliche Natur jenes die gesellschaftliche Berechtigung begründenden Vertrags ganz unerheblich ist, ob das Betheiligungsrecht und der Schein über dasselbe im Vermögen des Inhabers sich zu Verkäufen oder ähnlichen Contracten mehr oder weniger eignet, ob der Schein auf den Namen oder den Inhaber lautet, durch Cession oder Indossament oder Besitzübertragung veräußert werden kann, ob er einen Cours hat, den Namen eines Werthpapiers verdient, ob dem Aktionär die Intention beizumessen ist, die Aktie zu veräußern oder dauernd zu behalten, und dergleichen;

Daß das Argument, die Aktien seien Werthpapiere, und es wohne ihnen deshalb die Eigenschaft eines Zahlungsmittels bei, hier schon deshalb hinfällig ist, weil es sich eben darum handelt, ob sie bei der Einlage als Zahlungsmittel gedient haben, und dies weder auf Seiten des Gesellschafters noch auf Seiten

Digitized by Google

der Gesellschaft der Fall ist, da bei der Vereinbarung der nicht in Geld bestehenden Einlage auf keiner Seite eine Verbindlichkeit zu zahlen eingegangen ist;

Daß, wenn die Aktien einen Werth haben, und wenn es in derartigen Gesellschaftsverträgen heißt, daß die Einbringer für die Vermögensstücke, welche sie als Einlage einbringen, einen Gegenwerth von einem bestimmten Betrag in Aktien erhalten, dies im rechtlichen Sinn keine andere Bedeutung hat, als daß sie gegen die Vermögensstücke Gesellschafter zu einer nach dem Maaßstab der Aktien sich berechnenden Betheiligung werden und den Schein darüber empfangen sollen;

Daß die Hingabe der Aktie, welche auf Seiten der Gesellschaft in Folge des Einlegens geschieht, weder als ein besonderes Rechtsgeschäft noch als eine Gegenleistung der Gesellschaft gegen die Einlage aufgefaßt werden kann, sondern nur die Aushändigung des Scheins über die erworbene Betheiligung ist, und die mancherlei für das Hingeben vorkommenden Ausdrücke: überweisen, zutheilen, liefern, auskehren, gewähren und dergleichen keine von dem bloßen Ausgeben verschiedene selbstständige rechtliche Bedeutung in sich tragen;

Daß selbst, wenn man die Hingabe der Aktie als eine contractliche Leistung der Gesellschaft gelten ließe, doch die hier in Rede stehende Stempelpflichtigkeit daraus nicht herzuleiten wäre, da es überhaupt mit den Stempelgesetzen nicht in Einklang ist, wenn man sich darauf beruft, daß der Vertrag eine „nicht liberale“ Eigenthumsübertragung zum Gegenstande habe, dieser Gegensatz vielmehr das, worauf es ankommt, verschiebt, und willkürlich den Bereich des Kaufgeschäfts erweitert und den Bereich der übrigen Verträge auf Schenkungen einschränkt, während unbedenklich Eigenthumsübertragungen von Immobilien und von anderen Vermögensstücken durch zweiseitige Verträge gegen die Verpflichtung zur Leistung von Diensten oder zu Handlungen oder Unterlassungen von mancherlei Art, mithin nicht liberal, vorgenommen werden können, welche Verträge aber nicht zu den mit dem Kaufvertragsstempel besonders ausgezeichneten Verträgen gehören, sondern unter die allgemeine Tarifposition: Verträge zu 15 Sgroschen fallen, und so auch hier das, was man eine Gegenleistung nennen will, nämlich die Einräumung der gesellschaftlichen Berechtigung und die Ausstellung und Behändigung der sie repräsentirenden Aktie, den

Digitized by Google

Vertrag nicht zu einem der ihrer Gattung nach dem besonderen Stempel unterworfenen Verträge macht;

J. E., daß der Umstand, daß bei der Aufnahme eines, die Einlage nicht in baarem Gelde machenden Gesellschafters in die Gesellschaft regelmäßig schon nach der Natur der Sache zur Bestimmung des Maaßes der Betheiligung der Werth des eingebrachten Vermögensstücks festzustellen ist, und der Art. 209 b des H.-G.-B. ausdrücklich eine solche Werthschätzung und die Genehmigung derselben durch die Generalversammlung vorschreibt, keineswegs ein Kaufgeschäft mit sich bringt, da bei den verschiedenartigsten Verträgen eine Abschätzung des Vertragsgegenstandes vorkommen kann, ohne daß diese Verträge dadurch hinsichtlich der geschätzten Gegenstände zu Käufen würden, die rechtliche Natur sich vielmehr nach dem Zweck und dem Sinn der Schätzung richtet, dieser Zweck und Sinn aber bei Bildung von Handelsgesellschaften jedweder Art und ganz insbesondere auch bei der Aktiengesellschaft in der Bestimmung der Höhe der gesellschaftlichen Betheiligung im Vermögen der Gesellschaft besteht, und die gedachte Vorschrift des Art. 209 b lediglich bezweckt, eine Controlle über die vorhandene Höhe des Gesellschaftsfonds und über den entsprechenden Maaßstab der Betheiligung bei der Gesellschaft herbeizuführen, welches alles auf dem Boden der gesellschaftlichen Vereinigung bleibt, wie denn auch in dem Art. 209 b der Einlage die Schätzung, der sonstigen Uebernahme der Preis entspricht;

Daß man sowohl den Sinn und den Zweck des Art. 209 b verkennt, als seine Entstehungsgeschichte ignorirt, wenn man von dem unberechtigten Vordersatz ausgehend, daß das zur Einlage dienende Vermögensstück gegen Entgelt übertragen werde, und diese Uebertragung regelmäßig nur ein Kauf oder ein dem Kauf materiell gleichstehendes Rechtsgeschäft sein könne, die eigentliche Absicht und den Schwerpunkt des Art. 209 b dahin verlegt, daß der Kaufpreis festgestellt werde, und dabei den rechtlichen Charakter der gesellschaftlichen Einlage mit der Annahme beseitigen zu können glaubt, daß der Artikel nur nach seinem Wortlaut und uneigentlich von einer Einlage spreche;

Daß durch Argumentationen, welche auf bloßen Vergleichungen und Aehnlichkeiten fußen, oder in dehnbaren oder zweideutigen Ausdrücken sich bewegen, wie wenn man beispielsweise gesagt hat, daß hier gleichsam ein Kauf, oder ein dem

Digitized by Google

Kauf ähnliches Geschäft vorliege, daß die Gesellschaft gewissermaaßen eine Gegenleistung für die Einlage mache, daß die Einlage gegen Entgelt übertragen werde, daß es nicht erheblich sei, daß der Aktionär für seine Einlage kein Geld, sondern nur eine Aktie erhalte, weil dies nur eine Bedingung des über die Einlage geschlossenen Kaufvertrages sei, daß die Gesellschaft eine Aktie gewähre, und dergleichen, nur dargethan wird, daß der gesetzlich erforderte feste Boden des wirklichen Kaufvertrages fehlt;

Daß ebensowenig wie der Ausdruck gewähren der Aktie hier eine rechtliche Bedeutung hat, ebensowenig auf einen Kaufvertrag hier daraus geschlossen werden kann, daß von dem die Einlage machenden Gesellschafter für das Eigenthum an demselben Gewähr im rechtlichen Sinne des Wortes geleistet werden müsse, oder daraus, daß in dem Gesellschaftsvertrag auf diese Gewähr etwa verzichtet worden sei, da die verschiedensten Verträge und Rechtsgeschäfte eine Uebertragung des Eigenthums zum Gegenstande haben und deshalb die Verbindlichkeit, für das Eigenthum einzustehen, nach sich ziehen können, ohne daß das Geschäft darum ein Kauf und die zu leistende Gewähr die Gewähr eines Verkäufers wäre;

Daß auch die Berufung auf römische Gesetzesstellen, gemäß welchen das Dasein eines Kaufvertrages nicht von der Bezahlung des Kaufpreises abhängt, sondern der Kauf durch die Uebereinkunft perfekt wird, ohne alle Bedeutung ist, da diese Stellen natürlich unter der Uebereinkunft, wovon sie sprechen, die Uebereinkunft zu kaufen und zu verkaufen verstehen;

Daß wenn man umgekehrt, anscheinend auf der Grundlage von Auffassungen neuester Zeit, mit den Begriffen von Vermögenswerthen und Austausch derselben argumentirt, und behauptet hat, bei der gesellschaftlichen Einigung über die Höhe des der Einlage entsprechenden Aktienbetrages werde eine Einigung über einen Geldbetrag als den in das Vermögen des Veräußerers zurückkehrenden Werth getroffen, hierbei mit Begriffen, welche für volkswirthschaftliche Theorien volle Berechtigung haben mögen, die ausgeprägten Normen des positiven Rechts über die Verträge und deren Gattungen in Verwirrung gesetzt werden, und der maaßgebende Boden des geltenden Rechts verlassen ist;

Daß man auf juristischem Standpunkt auch nicht sagen kann, es sei dem Aktionär, welcher die Vermögenseinlage macht,

Digitized by Google

um das veräußerliche Werthpapier zu thun, und es sei ohne Bedeutung, daß er dadurch, daß er dies erhalte, Aktionär werde, während er vielmehr nicht durch die Aktie Gesellschafter wird, sondern umgekehrt die Aktie erhölt, weil er Gesellschafter ist, was er unmittelbar durch die Einlage geworden ist, und weil es unzulässig ist, das für den Stempel maaßgebende Rechtsmoment zu beseitigen, und an dessen Stelle eine vermuthete „Intention" zu setzen, welche nur der das Rechtsgeschäft veranlassende Beweggrund ist, abgesehen davon, daß die Unterstellung dieses Beweggrundes keine feste Grundlage hat und unzweifelhaft in manchen Fällen durchaus irrig sein würde;

Daß im Uebrigen, wenn die bestehenden Stempelgesetze den seit ihrem Erlaß sehr veränderten Verhältnissen in Betreff der Besteuerung der Eigenthumsmutationen nicht mehr entsprechen, und wenn in der jüngsten Zeit eine Unverhältnißmäßigkeit in dieser Beziehnng noch besonders lebhaft empfunden worden ist, weil oftmal die Bildung von Aktiengesellschaften mit nicht in Geld bestehenden Vermögensstücken zur Erzielung eines übermäßigen Gewinnes und zur Uebervortheilung des leichtsinnigen Publikums benutzt worden ist, hierdurch der Richter die Befugniß nicht erlangt, von den bestehenden Rechtsnormen abzuweichen;

J. E., daß im vorliegenden Falle laut dem Akt vor Notar Eglinger vom 5. Januar 1872, um dessen Stempel es sich handelt, die Comparenten erklären, daß sie übereingekommen seien, zum Zweck der Fortführung der Gaskraftmaschinenfabrik der Firma Langen, Otto und Roosen eine Aktiengesellschaft zu bilden, zum Kapital von 300,000 Thlrn. in 1500 Nominativ-Aktien zu 200 Thlrn., in welche vier der Comparenten das Vermögen der obengedachten Firma und alle Privilegien und Patente derselben, sowie ihre Industrie als Erfinder gegen einen in liberirten Aktien zu leistenden Gegenwerth, nämlich gegen 1000 Stück liberirter Aktien im Nominalwerth von 200,000 Thlrn. einbringen, wobei das Einbringen des Vermögens der Firma zum Nominalwerth von 625 Stück liberirter Aktien gleich 125,000 Thlr. angenommen und stipulirt ist, daß wenn sich bei genauerer Festsetzung ein geringerer Werth ergebe, die Differenz von den Einbringern baar zu zahlen sei, während die übrigen beiden Contrahenten 500 Stück Aktien zu 100,000 Thlr. zu zeichnen erklären, worauf sodann,

Digitized by Google

nachdem noch für den Leiter des Geschäfts besondere Vortheile stipulirt sind, weiter fortgefahren wird, das vereinbarte Statut der Aktiengesellschaft Gas-Motoren-Fabrik Deutz lautet, wie folgt, und in einer Reihe von Paragraphen in der für Aktiengesellschaften üblichen Weise statutarische Bestimmungen aufgeführt werden, worunter auch die Angabe der Höhe des Grundkapitals der Gesellschaft zu vorläufig 300,000 Thlr., getheilt in 1500 Aktien zu 200 Thlr.;

Daß die hier beurkundeten Erklärungen ein einheitliches, zusammengehöriges Ganze bilden, und nur als ein solches den Gesellschaftsvertrag der zu bildenden Actiengesellschaft darstellen, nicht in einzelnen Bestandtheilen perfect wurden;

Daß dem Sinn und dem Inhalt der Urkunde und der darin hinreichend ausgedrückten Absicht der Parteien die Annahme widerstreitet, daß eine Aktiengesellschaft mit einem nur aus baarem Gelde bestehenden Grundkapital gebildet sei, und die Einbringer zunächst Geld zu zahlen sich verpflichtet hätten;

Daß dies auch nicht daraus construirt werden kann, daß die Einbringer liberirte Aktien erhalten sollen, da der Sinn dieses Ausdrucks hier darin besteht, daß auf die dem Einbringen entsprechenden Aktien keine Zahlungen zu leisten und dieselben durch das Einbringen gedeckt seien;

Daß vielmehr in dem Akte die Bildung einer Aktiengesellschaft mit Gesellschaftseinlagen, welche theils aus baarem Gelde, theils aus andern Vermögensstücken bestehen, beurkundet wird, und daher nach den obigen Ausführungen darin kein Kauf oder Tauschvertrag und keine Hingabe an Zahlungsstatt verbrieft ist, sonach die Berufung gerechtfertigt erscheint;

Daß übrigens der Antrag: eine eventuelle Verurtheilung für den Fall, daß wegen inzwischen eingetretener Einziehung des Stempels eine Verurtheilung begründet sein würde, auszusprechen, nicht statthaft ist;

Aus diesen Gründen

reformirt der Appell.-Ger.-Hof das Urtheil des Königlichen Landgerichts zu Köln vom 27. November 1872, erkennt unter Aufhebung dieses Urtheils, daß der zu dem Akt des Notars Eglinger vom 5. Januar 1872 von dem Königlichen Stempelfiskal gezogene Stempeldefekt von 1999 Thlr. 15 Sgroschen nicht gerechtfertigt und der von dem genannten Notar adhibirte

Digitized by Google

Stempel von 15 Sgroschen dem Gesetze entsprechend ist; weist die Reconvention und Nachforderung der Summe von 1999 Thlr. 15 Sgroschen als unbegründet zurück, legt der Appellatin die Kosten beider Instanzen zur Last, und verordnet die Rückgabe der Succumbenzgelder.

I. Senat. Sitzung vom 14. März 1874.

Advokaten: Herbertz — Vagedes.

Gesellschaft. — Liquidator. — Klage. — Concurrenz des Mitliquidators.

Von mehreren gerichtlich ernannten Liquidatoren kann nicht einer für sich allein Klage gegen einen Schuldner der Gesellschaft erheben.

Die Unstatthaftigkeit einer solchen Klage wird nicht dadurch gedeckt, daß dieselbe zugleich mit gegen den Mitliquidator gerichtet worden, und dieser die Entscheidung dem Ermessen des Gerichts anheimstellt.

von Brewer — Ph. Ad. Kohlhaas Sohn in Liquid.

Nach Auflösung der unter der Firma Philipp Adolph Kohlhaas Sohn zu Niedermendig bestandenen Handelsgesellschaft wurden zu Liquidatoren Ferdinand Joseph Hertmanni zu Mayen und der Mitgesellschafter Franz Xaver von Brewer zu Niedermendig ernannt. Mittelst Ladung vom 18. Januar 1873 erhob der erstere in seiner gedachten Eigenschaft gegen die zu Neuwied wohnende Wittwe Richard Adolph von Brewer in eigenem Namen und als Vormünderin ihrer minderjährigen Kinder zum Königl. Handelsgerichte in Koblenz Klage auf Zahlung von 10172 Thlr. 20 Sgr. 2 Pfg. und ließ den Franz Xaver von Brewer zum Prozesse beiladen, um sein Interesse als Mitliquidator zu wahren und eventuell das ergehende Urtheil auch gegen sich als bindend erklären und im Falle des Widerspruchs sich in die Kosten verurtheilen zu hören. Seitens der verklagten Wittwe von Brewer als Vormünderin wurde unter anderm beantragt, die Klage als unstatthaft abzuweisen, weil dieselbe nur von einem der gerichtlich ernannten Liquidatoren angestellt worden; während der mitverklagte Franz Xaver von Brewer den Antrag stellte, ihm

Digitized by Google

zu beurkunden, daß er die Entscheidung der Sache dem Ermessen des Gerichts anheimstelle.

Das Handelsgericht verwarf in seinem Urtheile vom 27. Januar 1873 die Einrede der Unstatthaftigkeit, indem es erkannte, daß, weil der genannte Mitliquidator den klägerischen Anträgen nicht widersprochen habe, die Klage als durch die beiden Liquidatoren der aufgelösten Firma Ph. Ad. Kohlhaas Sohn angehoben zu erachten sei.

Auf die von der verklagten Wittwe von Brewer eingelegte Berufung erkannte der Appellationsgerichtshof reformatorisch und wies die angestellte Klage als zur Zeit unstatthaft ab aus folgenden Gründen:

J. E., daß Namens der verklagten Minorennen Richard von Brewer der Klage die Einrede der Unstatthaftigkeit entgegengesetzt wird weil sie nur von einem der beiden Liquidatoren einseitig erhoben ist;

J. E., daß durch das Urtheil des Handelsgerichts zu Koblenz vom 10. Juli 1871, bestätigt durch Urtheil des Appellationshofes vom 18. Dezember 1871, zu Liquidatoren der Handelsgesellschaft Philipp Adolph Kohlhaas Sohn ernannt sind der jetzige Kläger Hertmanni und der Mitgesellschafter Franz Xaver von Brewer;

Daß daher die Klage nach Art. 136 des H.-G.-B. nur von Beiden gemeinschaftlich angestellt werden konnte;

Daß die Klage zwar auch gegen diesen Mitliquidator gerichtet ist, um sein Interesse dabei zu wahren, eventuell die erfolgende Entscheidung auch gegen sich verbindlich erklären zu hören;

Daß aber dieser Mitliquidator lediglich die Entscheidung dem Ermessen des Gerichts anheimstellt, was einem Beitritt zur Klage nicht gleichzuachten ist, derselbe sich auch keineswegs mit Anstellung der Klage einverstanden erklärt hat;

Daß das Gesetz nirgend den einzelnen Liquidator berechtigt, einseitig eine Klage anzustellen, ohne Concurrenz seines Mitliquidators, und diesen Mangel dadurch zu ergänzen, daß er die Klage in der angegebenen Weise auch gegen diesen richtet;

J. E., daß zwar aus wichtigen Gründen der Mitgesellschafter durch gerichtliche Entscheidung von der Liquidation ausgeschlossen werden kann Art. 133 H.-G.-B., ein solcher allge-

Digitized by Google

meiner Antrag aber bereits durch das Urtheil des Appellationshofes vom 18. Dezember 1871 zurückgewiesen ist;

Daß, wenn man annehmen wollte, daß nach Analogie jenes Artikels und mit Rücksicht auf Art. 142 H.-G.-B. nicht blos im Allgemeinen, sondern auch für einen einzelnen speziellen Fall die Theilnahme eines Mitliquidators durch gerichtliche Entscheidung ausgeschlossen werden könnte, und daß auch schon, bevor dies geschehen, einseitig von dem einen Mitliquidator eine Klage gegen einen Schuldner der Gesellschaft erhoben und in der Weise, wie hier geschehen, auch gegen den andern Mitliquidator gerichtet werden könnte, dies doch jedenfalls materiell nur dann gerechtfertigt wäre, wenn die anzustellende Klage offenbar im Interesse der Gesellschaft nothwendig geboten erschiene, und der Nichtbeitritt des widerstrebenden Mitliquidators als eine unzweifelhafte Schädigung derselben;

Daß dieser Fall aber untergebens nicht vorliegt;

Daß nämlich zwar das zwischen den Erben Philipp Adolph von Brewer schwebende Theilungsverfahren der jetzigen Klage nicht entgegenstehen würde, wenigstens soweit sie die Feststellung des Schuldverhältnisses des verstorbenen Richard von Brewer, nicht auch schon eine Verurtheilung zur Zahlung, zum Gegenstande hat, weil durch das Urtheil des Landgerichtes zu Koblenz vom 12. April 1872 die Liquidation der Handlung Philipp Adolph Kohlhaas Sohn von diesem Theilungsverfahren ausgeschlossen ist;

Daß aber in dieser Liquidation der Mitliquidator Xaver von Brewer zur Rechnungslage über seine Geschäftsführung verurtheilt ist, durch die Urtheile des Handelsgerichtes zu Koblenz vom 10. Juli und des Appellationshofes vom 18. Dezember 1871, wobei nothwendig das Schuldverhältniß des Richard von Brewer, der zugleich Miterbe des verstorbenen Gesellschafters Philipp Adolph von Brewer war, zur Erörterung kommen muß, wie denn auch das bezogene Urtheil des Appellationshofes schon erwogen hat, daß diese Rechnungslegung nothwendig auch die Feststellung der Conto's des einen und andern Gesellschafters zum Gegenstand hat, und hiermit im vorliegenden Fall wesentlich einen in Vorbereitung der Auseinandersetzung der Gesellschafter bestehenden Theil der Liquidation umfaßt und contradictorisch macht;

I. E., daß unter diesen Umständen die Anstellung der gegenwärtigen Klage wenigstens zur Zeit keineswegs als nothwendig

Digitized by Google

durch das Interesse der Masse geboten, daher auch das einseitige Vorgehen des Mitliquidators in dieser Rücksicht nicht gerechtfertigt erscheint;

J. E., daß wenn hiernach die Hauptklage abweisen ist u. s. w.

II. Senat. Sitzung vom 19. März 1874.

Advokaten: Nacken — Schlink — Welter.

Beneficiarerbe. — Verzichtleistung. — Einmischung in den Nachlaß.

Die Kraft Gesetzes eintretende Beneficiarerben-Qualität des Minderjährigen ändert nichts an dem suspensiven Charakter der Saisine des französischen Erbrechts (Art. 474 u. folgde des B. G.-B.); so daß jener, so lange er nicht die Erbschaft ausdrücklich angenommen, gleich dem Großjährigen mit rückwirkender Kraft Verzicht leisten kann.

Der Vormund kann durch eine faktische Einmischung in den Nachlaß den Rechten seines Mündels nicht präjudiziren.

Erben Göbel — Gemeinde Münstemaifeld u. Cons.

Stephan Göbel war Empfänger der zur Bürgermeisterei Münstermaifeld gehörigen Gemeinden. Er hinterließ bei seinem Tode als Erben seine drei minderjährigen Söhne. Da sich ein Defekt zum Nachtheil der gedachten Gemeinden herausstellte, so erhoben dieselben am 14. und 18. Januar 1873 gegen die gedachten Erben, von denen einer unterdessen großjährig geworden, der zweite emanzipirt worden, der dritte aber noch unter Vormundschaft stand, Klage zum Königl. Landgericht in Coblenz auf Rechnungslage als Beneficiarerben auf Grund des Art. 803 des B. G.-B. Die Verklagten trugen auf Abweisung der Klage an, weil sie gemäß eines Beschlusses des Familienrathes vom 21. December 1872 am 3. Januar 1873 auf den Nachlaß ihres verstorbenen Vaters förmlich Verzicht geleistet hätten; wogegen die Klägerinnen subsidiarisch den Beweis erboten, daß die Verklagten vor der Verzichtleistung die Lebensversicherungs-Gelder ihres verstorbenen Vaters sowie Mieth- und Pacht-Gelder des Immobilar-Nachlasses erhoben, die Mobilien verkauft und den Erlös eingezogen hätten u. s. w.

Digitized by Google

Das Landgericht erkannte durch Urtheil vom 8. Mai 1873 dem Antrage der klagenden Gemeinden gemäß, indem es erwog,

Daß zufolge Art. 803 des B. G.-B. der Beneficiarerbe verbunden ist, die Nachlaßmasse zu verwalten und über seine Verwaltung den Gläubigern Rechnung zu legen;

Daß hiernach die frühere Qualität der Verklagten als Beneficiarerben des verlebten Steuer- und Hospital-Empfängers Stephan Göbel genügt, um deren Verbindlichkeit zur Rechnungstellung gegenüber den als Nachlaßgläubiger sich ausweisenden und anerkannten Klägerinen zu begründen;

Daß auch aus der am 3. Januar d. J. erfolgten Verzichtleistung der Verklagten auf den fraglichen Nachlaß um so weniger ein Einwand gegen die Zulässigkeit der Klage herzuleiten ist, als den Klägerinen erst nach Erhebung des Prozesses durch Anwaltsakt vom 17. Februar letzthin von dem Verzichte Kenntniß gegeben worden ist, und somit dieser Umstand eventuell nur auf den von der wirklichen Dauer der Verwaltung bedingten Umfang der Rechnungslage von Einfluß sein könnte.

Auf die von den Verklagten eingelegte Berufung erließ der Appell.-Ger.-Hof das folgende reformatorische

Urtheil:

J. E., daß die auf den Art. 803 des B. G.-B. basirte Klage eines einzelnen Erbschaftsgläubigers durch den Nachweis bedingt ist, daß der auf Rechnungslage über die Verwaltung eines Nachlasses Beklagte wirklicher Beneficiarerbe geworden sei;

Daß die Beklagten in einer in formeller Hinsicht nicht bestrittenen Weise auf den Nachlaß ihres verstorbenen Vaters verzichtet haben, und also — die Nichterlöschung des Rechts zur Verzichtleistung zur Zeit dieses Aktes vorausgesetzt — zufolge des Art. 785 des B. G.-B. so anzusehen sind, als seien sie nie Erben gewesen;

Daß bezüglich dieses Declarativ-Effectes auch der Umstand, daß die Verklagten von dieser Verzichtleistung der Gegenseite erst nach der Klage Mittheilung gemacht haben, ohne alle Bedeutung ist, da die Verzichtleistungen auf Erbschaften als öffentliche Rechtsakte zu ihrer materiellen Wirksamkeit gegen jeden Dritten der vorherigen Zustellung an einen Interessenten nicht bedürfen;

Daß der bezeichnete Effect vielmehr einzig und allein da-

Digitized by Google

durch ausgeschlossen sein könnte, daß die Verklagten bereits einmal Erben wenn auch nur sub beneficio geworden seien;

J. E., daß der dem erbrechtlichen System des B. G.-B. zu Grunde liegende Grundsatz des unmittelbaren Ueberganges der Erbschaft auf die vom Gesetze berufenen Erben keineswegs, wie die Appellatinen aufstellen, die Bedeutung hat, als werde durch die Saisine dem Berufenen die Erbesqualität in unwiderruflicher Weise aufgedrückt, indem vielmehr, wie die Bestimmungen der Art. 774 und folgende ergeben, der saisirte Erbe dreißig Jahre lang das Wahlrecht: wirklich Erbe zu sein, oder nicht zu sein, behält;

Daß in Bezug auf den suspensiven Character der Saisine auch ein Unterschied zwischen dem großjährigen und dem unter Vormundschaft stehenden Erben nicht besteht, indem der Art. 776 in Verbindung mit dem Art. 461 des B. G.-B. die Gleichstellung beider in obiger Hinsicht ausdrücklich ausspricht, die kraft Gesetzes eintretende Beneficiarerben-Qualität aber nur von der Modalität, mit welcher allein der Minderjährige Erbe werden kann, verstanden werden darf;

Daß die diesem entgegengesetzten Folgerungen, welche die Appellatinen aus den Vorschriften des Art. 451 gezogen, jeder Schlüssigkeit ermangeln, ihre Aufstellung aber, als seien die Bestimmungen der Art. 776 und 461 nur auf solche dem Minderjährigen eröffnete Erbschaften, bei welchen der Art. 724 nicht Platz greife, zu beschränken, gradezu unverständlich ist, da der auf den Art. 461 verweisende Art. 776 sowohl seinem Wortlaute wie seiner Stellung nach sich grade auf die kraft Gesetzes eröffneten Erbschaften, also auf den Art. 724 bezieht;

J. E., daß nun Appellatinen selbst eine seitens der Appellanten geschehene ausdrückliche Annahme der Erbschaft nicht behauptet haben, daß sie aber ebenwenig auf eine Fixirung der Erbenqualität in Folge einer Immiscirung sich berufen können, da die in dieser Hinsicht articulirten Handlungen der früheren Vormundschaft, wie zweifellos auch dieselben, falls sie von einem großjährigen Erben vorgenommen worden wären, eine thatsächliche Acceptation der Erbschaft involviren würden, die gleiche Wirkung doch den Appellanten als Minderjährigen gegenüber nicht haben können, einmal nicht, weil zufolge der Bestimmung des Art. 461 der für sich allein und ohne Autorisation des Familienrathes handelnde Vormund der Qualification, den Mündel in erbschaftlicher Hinsicht zu obligiren, ent-

Digitized by Google

behrt, sodann aber auch aus dem Grunde nicht, weil das auf die Immiscirung gesetzte Präjudiz darin besteht, daß der zur Erbschaft Berufene nicht bloß unwiderruflich zum Erben überhaupt, sondern zum unbedingten Erben gemacht wird, was aber Minderjährige gesetzlich nicht werden können;

Daß aber mit der Unanwendbarkeit der die Folgen der Immixtion betreffenden Bestimmungen auf Minderjährige die articulirten Thatsachen für die vorliegende Klage alle und jede Erheblichkeit verlieren, da, welche rechtlichen Folgen sie sonst auch haben mögen, die Geltendmachung derselben doch nur auf einem von der erhobenen Klage in jeder Hinsicht durchaus verschiedenem Wege erfolgen könnte;

Aus diesen Gründen

weist der Hof, mittelst Reformation des Urtheiles des Königl. Landgerichts zu Koblenz vom 8. Mai 1873, die gegen die Appellanten erhobene Klage ab, verordnet die Rückgabe der Succumbenzgelder und legt den Appellatinen die Kosten beider Instanzen zur Last.

II. Senat. Sitzung vom 21. März 1874.

Advokaten: Esser I. jr. — Lautz.

Ehescheidungsprozedur. — Interlokut. — Berufung.

Das auf das Admissionsurtheil folgende Urtheil, wodurch auf den Beweis der Ehescheidungsklage erkannt wird, kann vor dem Endurtheile nicht durch Berufung angegriffen werden. Art. 262. B. G.-B.

Ehefrau Stegmann — Stegmann.

So erkannt in Uebereinstimmung mit den Entscheidungen im Archiv Bd. 44, 1, S. 86 und Bd. 49, 1, S. 246.

I. Senat. Sitzung vom 26. März 1874.

Advokaten: Vagedes — Schmitz.

Ehe ohne Gütergemeinschaft. — Sondergut der Ehefrau. — Verbesserungen. — Ersatzanspruch des Ehemannes.

Besteht eine Ehe „ohne Gütergemeinschaft" — Art. 1530 u. folgde des B. G.-B. —, so ist der

Digitized by Google

Ehemann berechtigt, nach Auflösung der Ehe für während derselben gemachte Verbesserungen des Sonderguts der Ehefrau Ersatz zu verlangen. Art. 599 alinea 2 des B. G.-B. findet in dem Falle keine Anwendung. *)

Wittwe Modemann — Erben Modemann.

Die Eheleute Theodor Modemann hatten sich gemäß Ehevertrag vom 9. Mai 1845 „ohne Gütergemeinschaft" — Art. 1530 u. folgde des B. G.-B. — verehelicht. Im Jahre 1849 brannte das der Ehefrau zugehörige Haus ab. Theodor Modemann erbaute an dessen Stelle unter Verwendung der empfangenen Versicherungsgelder zwei neue. Nach seinem am 11. Oktober 1868 erfolgten Tode forderten dessen Erben, Kinder einer früheren Ehe, von der Wittwe in einem Theilungsverfahren 236 Thlr. 7 Sgr. 2 Pfg., indem sie behaupteten und detaillirten, daß 1700 Thlr. 7 Sgr. 2 Pfg. für den Neubau verwendet worden, die Versicherungsgelder aber nur 1464 Thlr. betragen hätten. Die Wittwe Modemann bestritt thatsächlich jede weitere Ausgabe über den Betrag von 1464 Thlr. hinaus, und rechtlich jedes Rückforderungsrecht der Erben, falls wirklich mehr als der vorgedachte Betrag verausgabt worden sein sollte. Theodor Modemann habe das abgebrannte Wohnhaus der Appellantin als Usufruktuar besessen; mit 1464 Thlr. habe sich das Haus ganz gut wiederherstellen lassen; habe er größere Beträge zu dem Ende verwendet, so stehe ihm dafür nach Art. 599 des B. G.-B. kein Rückforderungsrecht zu.

Das Königl. Landgericht zu Cleve ließ die Kinder Modemann durch Urtheil vom 22. Juni 1872 zum Beweise der detaillirten Rechnung über die Baukosten zu, indem es erwog, daß ein Usufruktuar allerdings nach Art. 599 für einen solchen angeblichen Mehraufwand einen Ersatz nicht fordern könne, daß aber der Ehemann nicht bloß Usufruktuar sondern auch Verwalter des Vermögens seiner Ehefrau gewesen sei, und als solcher er resp. seine Erben beanspruchen könnten, für nützliche Verwendungen darauf schadlos gehalten zu werden.

Auf die von der Wittwe Modemann eingelegte Berufung erließ der Appell.-Ger.-Hof folgendes

*) Vergl. Art. 1562 des B. G.-B. Sirey Gilbert Suppl. zu diesem Artikel Note 2. Aubry et Rau tome V. §. 535 Text u. Note 28 u. §. 531.

Digitized by Google

Urtheil:

J. E., daß nachdem zur zweiten Contestation die Repräsentanten von Theodor Modemann die ihnen auferlegte Rechnung gestellt haben, die Appellantin anerkannt hat, daß die für das im Jahre 1849 abgebrannte, zum Vermögen der Letztern gehörige Haus bezahlte Brandentschädigung mit 1464 Thlr. zur Herstellung von Neubauten von demselben verwendet, die Appellaten demnach von ihrer bezüglichen Verpflichtung zur Rechenschaft entbunden seien, und nur noch darüber Streit obwaltet, ob den Appellaten für die Summe von 236 Thlr. 7 Sgr. 2 Pfg., welche nach ihrer Aufstellung ihr Autor außer jener Brandentschädigung auf die Neubauten verwendet, ein Ersatzanspruch zustehe;

J. E., daß Theodor Modemann, wie der erste Richter zutreffend hervorgehoben, gemäß dem Ehevertrag vom 9. Mai 1845 auf Grund des Art. 1531 des B. G.-B. die Verwaltung des Vermögens seiner Ehefrau zu führen hatte, demnach auch befugt war, wenn die Versicherungssumme sich zur Herstellung eines ordnungsmäßigen Zustandes als unzulänglich ergab, innerhalb der durch die Vermögensverhältnisse gebotenen Grenzen einen weiteren Betrag aufzuwenden, und kein Anlaß vorliegt, nach Erschöpfung der zum Vermögen seiner Ehefrau gehörigen Versicherungssumme bezüglich des etwaigen Mehraufwandes die Intention zu unterstellen, denselben aus seinen eigenen Mitteln zu entnehmen;

Daß auch die Vorschrift des Art. 599 des B. G.-B., wonach der Nutznießer für Verbesserungen, zu deren Vornahme er als solcher keine gesetzliche Verpflichtung hat, die also von ihm nur freiwillig und ohne auf Ersatz zu rechnen bewirkt werden können, zu den durch Art. 1533 ibid. dem Ehemanne auferlegten, in der besonderen Section zwei (Art. 600 u. folgde des B. G.-B.) behandelten Lasten der Nutznießung nicht gezählt werden können;

Daß aber der Ersatzanspruch durch den Nachweis der wirklichen und nützlichen Verwendung der geforderten Summe bedingt ist; . . . . . (wird sodann ausgeführt, daß dieser Nachweis nicht erbracht ist, auch die erbotenen Beweise ein Resultat nicht versprechen);

Aus diesen Gründen

weist der Hof unter theilweiser Reformation des Urtheils des

Digitized by Google

Königl. Landgerichts zu Cleve vom 22. Juni 1872 den Anspruch des Appellaten auf Rückerstattung von 236 Thlr. 7 Sgr. 2 Pfg. als Baukosten zurück.

III. Senat. Sitzung vom 6. März 1874.

Advokaten: Drewcke — Schlink.

Gütertrennung. — Einspruch der Gläubiger. — Frist.

Die Bestimmung des Art. 873 der B. Pr.-O., wonach die Drittoppposition der Gläubiger gegen das Gütertrennungsurtheil binnen Jahresfrist erfolgen muß, findet keine Anwendung auf Akte, welche in Vollziehung eines solchen Urtheils zwischen den Ehegatten gethätigt worden.

Barth — Maurer.

So erkannte der Appell.-Ger.-Hof unter Reformation eines Urtheils des Königl. Landgerichts zu Koblenz vom 19. Juni 1873 aus folgenden Gründen:

In. E., daß die Bestimmung des Art. 873 der B. Pr.-O., wonach die Drittoppposition der Gläubiger gegen das Gütertrennungsurtheil nur binnen Jahresfrist zulässig, schon als eine Ausnahmebestimmung nicht auf die Notarial-Akte auszudehnen ist, die in Vollziehung jenes Urtheils unter den Ehegatten geschlossen werden;

Daß auch eine Analogie beider Fälle keineswegs vorhanden ist, indem durch das Gütertrennungsurtheil die persönliche Stellung der Ehegatten tief berührt und namentlich dem Manne die Verwaltung des Vermögens der Ehefrau genommen wird, es somit das Interesse sowohl der Ehe, als auch des allgemeinen Verkehrs verlangt, daß die Ungewißheit über dessen Rechtsbeständigkeit auf eine kürzere Zeit beschränkt werde, während diese Gründe bezüglich der später unter den Ehegatten abgeschlossenen Akte nicht vorhanden sind;

Daß zudem das Trennungsurtheil bei Strafe der Nichtigkeit in weitgehender Weise zu publiziren, also den Gläubigern zeitig für bekannt zu erachten ist, während in Ansehung jener Akte solche gesetzliche Vorschriften nicht bestehen, und der Gläu-

Digitized by Google

biger deren Existenz und Inhalt meist erst bei der Exekution seiner Forderung erfährt;

Daß endlich auch die Bestimmung des Art. 882 des B. G.-B. nicht die von dem ersten Richter angenommene Analogie für die gegentheilige Meinung bietet und zwar, weil überhaupt dieselbe nicht die Tragweite hat, die ihr der erste Richter beizumessen scheint, dann auch, weil im Falle dieses Artikels die Rechte der Gläubiger durch die Opposition gegen die Theilung gewahrt werden.

III. Senat. Sitzung vom 8. April 1874.

Advokaten: Herbertz — Rieth.

Ausländer. — Klage auf Trennung von Tisch und Bett. — Competenz inländischer Gerichte.

Die inländischen Gerichte sind nicht competent, zwischen ausländischen Eheleuten über eine Klage auf Trennung von Tisch und Bett und die damit verbundenen Incidentanträge wegen vorläufiger Maßregeln zu erkennen.

Dieselben können jedoch unter besonderen Umständen auf den selbstständigen Antrag des einen ausländischen Ehegatten dem andern gegenüber interimistische Maßnahmen verfügen, welche zum Schutze der Personen und in deren dringendem Interesse oder mit Rücksicht auf die öffentliche Ordnung nothwendig erscheinen.

Mohnike — Ehefrau Mohnike.

Doktor O. G. J. Mohnike, geboren zu Stralsund, 1861 in Holland naturalisirt und als General-Arzt zu Surabaya auf der Insel Java angestellt, verehelichte sich dort am 12. August 1868 mit der eingebornen Anna Katharina Miltenburg. Nach seiner im Jahre 1870 erfolgten Pensionirung nahm er mit der Erlaubniß der niederländischen Regierung, seine Pension im Auslande zu verzehren, mit seiner Familie seinen Aufenthalt in Bonn. Hier erhob die Ehefrau Mohnike nach vergeblich versuchter Sühne und durch Präsidial-Ordonnanz ermächtigt, am 20. November 1873 gegen ihren genannten Ehemann zum Königl. Landgerichte in Bonn Klage auf Trennung von Tisch

Digitized by Google

und Bett wegen angeblich erlittener groben Beleidigungen und Mißhandlungen und beantragte zugleich, den Verklagten zur Zahlung eines Prozeßkosten-Vorschusses, provisorischer Alimente und Herausgabe gewisser Mobilargegenstände zu verurtheilen. Verklagter setzte der Klage vor Allem den Einwand der Incompetenz des Königl. Landgerichts in Bonn entgegen, worauf Klägerin verschiedene Thatsachen zum Beweise erbot, aus welchen nach ihrer Behauptung zu schließen sein würde, daß Verklagter sich dauernd in Bonn niedergelassen.

Durch Urtheil vom 30. Dezember 1873 erkannte das Landgericht auf den erbotenen Beweis, indem es erwog:

Daß im Allgemeinen nach den Grundsätzen des Völkerrechtes und nach den in Deutschland geltenden gemeinen Rechten den Ausländern in der Regel der Rechtsweg gleich den Inländern gestattet ist (Pütter Fremdenrecht S. 110, Fölix Nr. 146—148), und die inländischen Gerichte in Ermangelung eines Verbotsgesetzes, welches weder im Art. 14 noch in Art. 2123 des B. G.-B. und Art. 546 der B. Pr.-O. enthalten ist, befugt sind, auch über Klagen der Ausländer gegen Ausländer zu entscheiden, zumal dann, wenn der Beklagte im Inlande ein Domizil erworben hat, und kein anderes Domizil, wo er füglich belangt werden könnte, nachweist;

Daß auch kein Grund obwaltet, bei Klagen auf Trennung von Tisch und Bett von diesem Grundsatze eine Ausnahme zu machen, und zwar um so weniger, als bei diesen eine eigentliche question d'état nicht einmal vorliegt, indem beide Theile ungeachtet einer solchen Trennung ihren bisherigen Status behalten, und die desfallsige Klage lediglich bezweckt, die Ehefrau von gewissen persönlichen Verpflichtungen zu entbinden, insbesondere ihr zu gestatten, ihren Aufenthalt außerhalb der ehelichen Wohnung zu nehmen und getrennt von ihrem Ehemanne zu leben; auch die sonstigen Nebenanträge auf Alimente, Kostenvorschuß und dergleichen, sowie die weiteren vermögensrechtlichen Folgen keine Bedenken gegen die Competenz veranlassen können, wie denn auch die hiesigen Gerichte Gütertrennung unter ausländischen Ehegatten zu erkennen berechtigt sind, Vergl. Archiv Bd. 53. I. 85;

Daß, wenn die Jurisprudenz in Frankreich bei solchen Klagen die Competenz mehr beschränkt, dabei nicht außer Acht zu lassen ist, daß dort die Trennung von Tisch und Bett vollständig an die Stelle der daselbst nicht mehr zulässigen Ehe-

Digitized by Google

scheidung getreten ist, sodann aber auch die preußischen Grundsätze, da sie öffentlichen Rechtens sind, nach welchem in der Regel den Ausländern gleiche Civilrechte wie den Inländern eingeräumt sind, (Allgem. Landrecht Einleitung §. 41, Allgem. Gerichts-Ordnung Theil I Titel 1 §. 5) nicht unberücksichtigt bleiben können.

J. E., daß nun Ausländer ein Domizil faktisch auch ohne die im Art. 13 des B. G.-B. erwähnte Autorisation des Staats-Oberhauptes erwerben können, und ein solches Domizil durch dauernde Niederlassung begründet wird;

Daß dem bei dem Beklagten auch nicht entgegenstehen würde, wenn er niederländischer Pensionär ist und zum Zweck der Erhebung der Pension ein Domizil im Haag gewählt hat;

Daß folglich Klägerin, um die thatsächlichen Verhältnisse vollständig aufzuklären, zu dem von ihr erbotenen Beweise zuzulassen ist.

Auf die von dem Beklagten gegen dieses Urtheil eingelegte Berufung erkannte der Appell.-Ger.-Hof reformatorisch durch folgendes

Urtheil:

J. E., daß nach den Erklärungen der Parteien unbestritten thatsächlich feststeht, daß dieselben Ausländer sind und als Unterthanen dem Staat der Niederlande angehören, indem der Appellant im Jahre 1861 in diesem Staat naturalisirt wurde, als Arzt bei der Armee angestellt war, in Surabaya die Ehe mit der Appellatin einging, bis zum Jahre 1870 dort wohnte, und nach seiner Pensionirung mit Erlaubniß der niederländischen Regierung, seine Pension im Auslande zu verzehren, nach Bonn gezogen ist;

Daß der erste Richter die auf dies Verhältniß gestützte Incompetenz-Einrede verworfen und seine Zuständigkeit lediglich von dem Beweise des Domicils in Bonn abhängig gemacht hat;

Daß er hierbei aus Grundsätzen des Völkerrechts eine Regel aufstellt, welche in dieser Allgemeinheit im internationalen Privatrecht nicht anerkannt ist und daher nicht, wie in dem Urtheil geschieht, bis zum Nachweis eines positiven, die Ausnahme statuirenden Gesetzes verwerthet werden kann;

Daß zwar in Folge des gesteigerten Verkehrs unter den Völkern und der fortwährenden Entwickelung des Völkerrechts in Europa die Maxime, daß in den einzelnen Staaten den Ausländern Rechtsgleichheit mit den Inländern zu gewähren

Digitized by Google

sei, sowohl hinsichtlich der anzuwendenden Rechtssatzungen als hinsichtlich der Gerichtsbarkeit und des Gerichtsstandes in ausgedehntem Maaße zur Anerkennung gelangt, und die in früheren Zeiten in Betreff der Ausländer gehandhabten Prinzipien in der Anwendung bedeutend modificirt sind, wohin auch gehört, daß dem Domizil hinsichtlich der Beerbung und sonstiger vermögensrechtlicher Angelegenheiten weit größere Bedeutung als früherhin beigelegt wird;

Daß es aber keinegwegs für eine völkerrechtlich geltende Norm erklärt werden kann, daß für den Ausländer wie für den Inländer der allgemeine Gerichtsstand sich an das Domizil anknüpfe, vielmehr das Gegentheil in den einzelnen Staaten auf sehr mannigfache Weise bei Klagen und Prozeßschritten gegen Ausländer bestimmt ist, daher auch die Behauptung, daß ein Domizil des Ausländers im Inland die Zuständigkeit des inländischen Gerichts überhaupt für alle Rechtsstreitigkeiten gegen ihn begründe, auf anerkannte Grundsätze des Völkerrechts nicht basirt werden kann;

Daß es ferner Rechtsverhältnisse im Privatrecht gibt, welche mit der Staatsangehörigkeit in engerer Verbindung stehen, und bei welchen auch gegenwärtig wenigstens viele Staaten, wenn es sich um ihre Unterthanen handelt, die Gerichtsbarkeit eines fremden Staates keineswegs als durch ein Domizil begründet anerkennen, vielmehr in Ausübung derselben über ihre Unterthanen einen Eingriff in ihre Rechtssphäre erblicken, und als solche Rechtsverhältnisse namentlich der Personenstand und die Ehesachen gelten;

Daß man sich daher für die Zuständigkeit des inländischen Gerichts des Wohnorts für einen Rechtsstreit zwischen Ausländern, welcher unmittelbar ihr eheliches Verhältniß zum Gegenstand hat, auf das internationale Privatrecht, welches ein gemeinsames Anerkenntniß voraussetzt, nicht berufen kann;

J. E., daß wenn der erste Richter neben dem Völkerrecht auch die in Deutschland geltenden gemeinen Rechte in Bezug nimmt, einestheils nicht klar ist, welche Rechtsquelle darunter verstanden sei, und welcher Anwendbarkeit ihr im vorliegenden Fall zukommen soll, anderntheils aber auch für die deutschen Staaten die unterstellte Uebereinstimmung nicht nachzuweisen, das Gegentheil vielmehr in Betreff der Ehesachen anzunehmen ist, wofür beispielsweise auf die Uebereinkunft der Preußischen und Großherzoglich Hessischen Regierung vom 6. Juli 1841

Digitized by Google

Art. 1, auf die Convention zwischen Preußen und Baden vom Juli 1855 Art. 2, auf die Verhandlungen der Conferenz wegen Erlaß eines Gesetzes über gemeinsame Gerichtsstände in den deutschen Bundesstaaten, Nürnberg 1861 S. 21. 141. 166 verwiesen, auch in Bezug genommen werden kann, daß noch bei Abfassung der neuen Prozeßordnung für Baden vom März 1864 in dem Commissionsbericht der Kammer zu §. 1030 anerkannt ist: „daß der Ausdruck „allgemeiner Gerichtsstand" nicht dahin führen könne, die Gesetze über Ehestreitigkeiten auch auf Ausländer anzuwenden, weil diese ebenfalls unter Umständen einen allgemeinen Gerichtsstand im Lande haben könnten, daß vielmehr gemäß allgemeinen Grundsätzen des Staats- und Völkerrechts Jeder in Bezug auf persönliche und Standesrechte, zu welchen auch die Eheverhältnisse unzweifelhaft gehören, nach den Gesetzen seiner Heimath und nicht nach denen seines, wenn auch dauernden Aufenthaltes beurtheilt werden, und daher in Ehesachen weder das bürgerliche Recht, noch das Verfahren des Landes auf Ausländer angewendet werden könne";

J. E., daß das in dem hiesigen Bezirk geltende bürgerliche Gesetzbuch betreff der Klagen gegen Ausländer in Art. 14 und 15 Bestimmungen enthält, welche vermöge des Schlusses aus dem Gegensatz als Regel ergeben, daß ein Ausländer von einem Ausländer bei hiesigen Gerichten nicht zu belangen sei;

Daß der Gerichtsgebrauch und die Schriftsteller dies anerkennen, und zwar in einer mit den Bedürfnissen des Verkehrs fortgeschrittenen Entwickelung in der Art modifiziren, daß sie bei Streitigkeiten zwischen Ausländern in gewissen Arten von Fällen auf den Grund besonderer Gesetzesartikel und Argumente das gewöhnliche Competenzverhältniß, in andern eine in dem Ermessen der inländischen Gerichte liegende Zuständigkeit eintreten lassen, jedoch hier stets die Grenze festgehalten ist, daß der Gegenstand des Rechtsstreits Vermögen und der Machtsphäre des inländischen Staats unterworfen sei, aber solche Prozesse davon ausgeschlossen seien, in welchen es sich unmittelbar um den Personenstand und um die Ehe handelt, eine Grenze, welche sich auch in dem von dem ersten Richter bezogenen Urtheil des Appell.-Ger.-Hofes und in den sonstigen Urtheilen desselben meist ganz ausdrücklich gewahrt findet;

J. E., daß diese Schranke auf guten Gründen beruht, und auch im vorliegenden Falle inne zu halten ist;

J. E., daß Ehegatten, welche in einem Staat als Aus-

Digitized by Google

länder wohnen, vermöge ihrer fortdauernden Unterthanen-Eigenschaft zu ihrem Heimathsstaat hinsichtlich ihrer Personen und in ihrer Familie in dem Verhältniß der Angehörigkeit verbleiben, welches mit Rechten und Pflichten gegenüber diesem Staate verbunden und mit den staatlichen, volkswirthschaftlichen und sittlichen Interessen dieses Staates verknüpft ist, und ihnen auch über die Grenzen ihres Staates hinaus folgt; daher wegen dieses Zusammenhanges eine Aenderung in dem Personenstand und in den persönlichen Verhältnissen der Ehe und der Familie durch Ausübung der Gerichtsbarkeit und Anwendung des Rechts eines Staats, in welchem sie nur wohnhaft sind, sich als einen die Rechtssphäre dieses Staats überschreitenden Uebergriff in das Rechtsgebiet desjenigen Staates darstellt, welchem ihre Personen und ihre Familie angehören;

Daß ferner in Betracht kommt, daß in den verschiedenen Ländern die rechtlichen Normen und Erfordernisse zur Eheschließung und die Vorschriften über Trennung des ehelichen Verhältnisses sowie das dabei anzuwendende Verfahren in hohem Maaße von einander verschieden sind, und sonach der Richter des Wohnortes, wenn er zwischen Ausländern über die Gültigkeit ihrer im Ausland stattgehabten Eheschließung zu erkennen hätte, nach ihm fremden Gesetzen entscheiden müßte, welche er oft in ihrem Zusammenhang und auf eine für den betreffenden Fall zureichende Weise schwerlich kennen zu lernen vermöchte, und wenn es sich um die völlige oder theilweise Lösung des ehelichen Bandes handelt, in welcher Materie in jedem Staat die Gesetze wegen des Zusammenhanges mit der Sittlichkeit und der öffentlichen Ordnung einen streng positiven Charakter haben, bei dem Richter des Wohnorts unzweifelhaft das Recht und die Prozeßgesetze seines Staats in Anwendung kommen müßten, woraus sich nicht nur ein Widerstreit mit dem den Unterthanen für ihren Personenstand folgenden Personalstatut, sondern auch ergäbe, daß es in der Willkür des Ehemannes stände, durch Verlegung des Domizils außerhalb des Heimathsstaates, sei es die Fortdauer, sei es die Aufhebung des ehelichen Verhältnisses von Gesetzen abhängig zu machen, welche er je nach seinem Vortheil und nach seinen Zwecken sich wählen könnte, was mit einer nach allgemein anerkannten Grundsätzen in solchen Rechtsstreitigkeiten nicht statthaften freiwilligen Prorogation des Gerichtsstandes auf gleicher Linie stände;

Daß ferner im vorliegenden Fall das Urtheil hiesiger Ge-

Digitized by Google

richte in Holland unzweifelhaft schon mit Rücksicht auf den Art. 6 des bürgerl. G.-B. für die Niederlande, welcher mit Art. 3 des Code civil und mit dessen Prinzip übereinstimmt, und um soviel mehr bei dem Verhältniß, welches zwischen Preußen und Holland nach Inhalt der Justizministerial-Verfügung vom 19. Juni und 6. Oktober 1828 besteht, unbedingt keine Anerkennung finden würde, während anzunehmen ist, daß die holländischen Gerichte aus denselben Gründen und Rücksichten die Gerichtsbarkeit über ihre Staatsangehörigen nicht von sich abwenden werden, ein von dem hiesigen Gericht erlassenes, der Klage entsprechendes Erkenntniß aber von dem Appellanten sofort durch seine Rückkehr nach Holland unwirksam gemacht würde, und es dem zu wahrenden Ansehen der Gerichtsbarkeit eines Staates nicht entspricht, illusorische Urtheile zu erlassen;

Daß auch jedenfalls aus zwiefachen, verschieden in Preußen und in den Niederlanden, zu Recht bestehenden Familienzuständen derselben Personen unlösbare Verwickelungen vorauszusehen wären;

J. E., daß nicht blos die Ehescheidungsklage, sondern auch die Klage auf Trennung von Tisch und Bett in die hier bezeichnete Cathegorie gehört, und von denselben Gründen betroffen wird, indem sie keine Vermögensangelegenheiten, sondern unmittelbar das Fortbestehen oder die Aenderung des ehelichen Verhältnisses zum Gegenstand hat, auch um so gewisser den Ehesachen beigesellt werden muß, als gemäß Art. 316 des B. G.-B. der blose Ablauf von drei Jahren nach ausgesprochener Trennung denjenigen, gegen welchen sie ausgesprochen ist, zur vollständigen Ehescheidung berechtigt;

J. E., daß der Umstand, daß in Frankreich die Trennung von Tisch und Bett an die Stelle der abgeschafften Ehescheidung getreten sei, hier nicht in Rücksicht kommt, indem einestheils die Jurisprudenz im hiesigen Bezirk in ihrer oben erwähnten Entwickelung der Selbstständigkeit nicht ermangelt, anderntheils die Trennung von Tisch und Bett auch in Frankreich sich in ihrer rechtlichen Natur nicht geändert und nicht in der Richtung nach der Ehescheidung hin erweitert hat, mithin die Abschaffung der letzteren in Frankreich nicht geeignet ist, für die Incompetenz-Urtheile der französischen Gerichte bei Klagen auf Trennung von Tisch und Bett eine Erklärung abzugeben;

Daß die von dem ersten Richter hier noch in Rücksicht

Digitized by Google

gezogenen Bestimmungen des Preußischen Landrechts und der Preußischen Gerichtsordnung, sofern sie überhaupt für ihr Rechtsgebiet die Zuständigkeit des inländischen Richters bei Ehestreitigkeiten zwischen Ausländern betreffen und begründen sollten, was keineswegs unzweifelhaft ist, in dem hiesigen Bezirk nicht eingeführt sind, auch dem Staatsrecht nicht angehören, wie denn auch kein Zweifel darüber besteht, daß in dem hiesigen Bezirk die Vorschriften, welche im landrechtlichen Gebiet in Betreff der Klagen gegen Ausländer gelten, nicht an die Stelle des Art. 14 des B. G.-B. getreten sind;

J. E., daß diesemnach die angehobene Klage auf Trennung von Tisch und Bett nebst den sonstigen Anträgen der Appellatin in der Eigenschaft von zu diesem Prozeß gehörigen Incidenten wegen Incompetenz der hiesigen Gerichte abzuweisen ist;

Daß übrigens sowohl nach den obigen Erörterungen, als nach dem Gerichtsgebrauch die hiesigen Gerichte unter besonderen Umständen des Falls auch von einem ausländischen Ehegatten dem Andern gegenüber angegangen werden können, zum Schutz der Personen oder im Interesse der öffentlichen Ordnung interimistische Maaßnahmen zu verfügen oder zu solchen zu ermächtigen, und Geldmittel der Art, wie die Appellatin fordert, zuzusprechen;

Daß aber im vorliegenden Fall über diese Ansprüche der Appellatin in erster Instanz nicht verhandelt und entschieden worden ist, auch bei der hier angedeuteten Auffassung und Begründung solcher Ansprüche für das Thatsächliche, sowie für die Domizilfrage und deren Beweis andere Gesichtspunkte, als bei einer Klage auf Trennung von Tisch und Bett maaßgebend erscheinen können, daher der Appellatin überlassen werden muß, die erwähnten Ansprüche durch besondere Klage in erster Instanz geltend zu machen;

Aus diesen Gründen

reformirt der Appell.-Ger.-Hof das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Bonn vom 30. Dezember 1873, weist die angestellte Klage auf Trennung von Tisch und Bett als vor einem nicht zuständigen Gericht angebracht ab, weist auf die Incidentberufung die Anträge der Appellatin, insoweit sie nicht die Trennungsklage betreffen, und daher durch die obige Entschei-

Digitized by Google

dung erledigt sind, als in dem gegenwärtigen Prozeß unzulässig angebracht zurück, verurtheilt die Appellatin in die Kosten beider Instanzen und verordnet die Rückgabe der Succumbenzgelder.

I. Senat. Sitzung vom 2. Mai 1874.

Advokaten: Nacken — Schlinck.

Berufung. — Appellable Summe. — Vollziehung.

Gegen ein Erkenntniß, wodurch ein Theil der eingeklagten appellablen Summe dem Kläger zugesprochen und über den Rest, der den appellablen Betrag nicht erreicht, ein Beweis verordnet worden, ist, nachdem Kläger den ihm zuerkannten Betrag in Empfang genommen hat, die Berufung unzulässig.

von Rath — Bacon.

I. Senat. Sitzung vom 13. Mai 1874.

Advokaten: Dubelman — Schilling.

Digitized by Google

Digitized by Google

Archiv

für

das Civil- und Criminal-Recht

der

Königl. Preuß. Rheinprovinzen.

Herausgegeben

unter Mitwirkung

von Mitgliedern des öffentl. Ministeriums und des Advokatenstandes beim Rheinischen Appellations-Gerichtshofe zu Köln.

Fünfundsechszigster Band.

Zweite Abtheilung.

Köln am Rhein,
Druck und Verlag von Peter Schmitz.
1874.

Digitized by Google

Archiv

für

das Civil- und Criminal-Recht

der

Königl. Preuß. Rheinprovinzen.

Herausgegeben

unter Mitwirkung

von Mitgliedern des öffentl. Ministeriums und des Advokatenstandes beim Rheinischen Appellations-Gerichtshofe zu Köln.

Neue Folge.

Achtundfünfzigster Band.

Zweite Abtheilung.

Köln am Rhein,
Druck und Verlag von Peter Schmitz.
1874.

Digitized by Google

Digitized by Google

Zweite Abtheilung

A.

Rechtsentscheidungen des Kgl. Ober-Tribunals, und des Reichs-Ober-Handels-Gerichts.

Digitized by Google

Digitized by Google

Hypothekenbestellung der sämmtlichen Miteigenthümer. — Bedeutung des Artikels 838 B. G.-B.

Die Miterben in ihrer Gesammtheit sind während der Individision die vollberechtigten Träger des Eigenthums des Nachlaßobjectes mit unbedingter Dispositionsbefugniß. Die von denselben bestellten Servituten müssen demnach ungeachtet der Fiktion des Artikels 883 B. G.-B. von demjenigen Miterben, welchem das betreffende Grundstück zufällt, sowie von dessen Hypothekargläubigern anerkannt werden. In gleicher Weise ist der von allen Miterben ausgegangenen Hypothekenbelastung als einer eventuellen Partial-Veräußerung die entsprechende rechtliche Wirksamkeit beizumessen. Dieselbe hat also den Vorrang vor den durch einen Miterben bestellten oder gesetzlichen Hypotheken. *)

Lichtenstein und Cons. — Ebels und Schroers.

Die Wittwe Bauer Anna Margaretha geb Uelkes und deren Schwester Anna Josepha Uelkes besaßen verschiedene Erbgüter im Miteigenthum. Am 16. und 19. September 1863 stellte die Wittwe Bauer in eigenem Namen und als Bevollmächtigte ihrer Schwester auf Grund notarieller Vollmacht zu Gunsten Ebels und Schrörs notarielle Schuldverschreibungen über 561 Thaler 8 Groschen und über 470 Thaler nebst Zinsen aus und verpfändete zugleich den genannten Gläubigern zur Sicherung deren Forderungen die ihr und ihrer Schwester gemeinschaftlich zugehörigen Immobilien. Die Eintragung der Hypotheken erfolgte am 19. September 1863.

Durch Act vor Notar Rieth zu M.-Gladbach vom 27. März 1866 erwarb nun die Wittwe Bauer den Antheil ihrer Schwester an den vorgedachten Immobilien und verkaufte als nunmehrige Alleineigenthümerin dieselben durch Akt vom 16. April 1866 an Lichtenstein, welcher beim

*) In ganz entgegengesetztem Sinne entschied derselbe Senat des Kgl. Obertribunals durch das im 64. Bde. II, Seite 18 des Archivs abgedruckte Urtheil v. Urbach — Böminghaus und Cons. unter Cassation der in Bd. 63 I, Seite 194 abgedruckten Entscheidung des Kgl. Appell.-Ger.-Hofes II. Senat.

Digitized by Google

Kgl. Landgerichte zu Düsseldorf zunächst ein Purgationsverfahren durchführte, ohne daß ein Uebergebot erfolgte, und dann das Collocationsverfahren betrieb.

In diesem Verfahren erhob sich nun unter anderen folgende Contestation: Die Wittwe Bauer hatte seit dem im Jahre 1854 erfolgten Tode ihres Mannes über ihre sieben noch minderjährigen Kinder die Vormundschaft geführt. Diese Kinder, von denen die vier ältesten zwischen-zeitlich großjährig geworden waren, meldeten nun in dem Collocationsverfahren auf Grund notarieller Abrechnungen vom 27. März und 16. April 1866 ihre Ansprüche gegen ihre Mutter aus der geführten Vormundschaft an und verlangten für ihre desfallsige Forderungen mit dem Range der Entstehung der Legalhypothek, das heißt: vom 7. September 1854 an, also vor Ebels und Schrörs, locirt zu werden. Diesem Verlangen wurde in dem provisorischen Statuts vom 13. Juni 1868 entsprochen. Der dagegen erhobene Einspruch wurde durch Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Düsseldorf vom 5. Mai 1869 in der Hauptsache verworfen und nur der Betrag, für welchen die Kinder Bauer resp. deren Cessionar Lichtenstein und verschiedene andere von den Kindern subrogirte Gläubiger Huppertz, Kamper und Hornungs locirt waren, herabgesetzt.

Auf eingelegte Berufung hat der Rheinische Appellations-Gerichtshof zu Köln (I. Senat) durch Urtheil vom 21. Juli 1871 unter bezüglicher Reformation des landgerichtlichen Urtheils die Abänderung des provisorischen Statuts dahin verordnet, daß Ebels und Schroers mit ihren in dem gedachten Collocations-Statut locirten Forderungen in Bezug auf den Erlös der ihnen verpfändeten Parzellen vor den Kindern Bauer resp. deren Cessionar Lichtenstein und deren Subrogataren Kamper, Hornungs und Huppertz locirt werden sollten. Die Gründe dieses Urtheils lauten:

J. E., daß unter den Parteien darüber kein Streit ist, daß der zwischen der Wittwe Bauer und ihrer Schwester geschlossene notarielle Vertrag vom 27. März 1866 einer Erbtheilung und Auseinandersetzung gleich zu stellen, und daß die hier fraglichen Grundstücke durch jenen Vertrag der Wittwe Bauer ganz zu Eigenthum zugekommen sind, sowie auch daß früher im September 1863 beide Schwestern diese Grundstücke den Appellanten zur Hypothek bestellt hatten;

Daß unzweifelhaft vermöge der Fiktion des Artikels 883 B. G.-B. die gegen die Wittwe Bauer begründete Legalhypothek ihrer Kinder nicht erst nach dem Datum jenes Actes vom 27. März 1866, sondern nach dem Zeitpunkt ihrer Entstehung, dem Datum der Eröffnung der Vormundschaft, welche längst vor 1863 statt hatte, in der Reihenfolge der gegen die Wittwe Bauer begründeten Hypotheken Rang hat;

Daß aber hiermit sich noch nicht die Frage erledigt: ob vermöge des Artikels 883 die vor der Theilung von beiden Schwestern zusammen bestellten Hypotheken in die Reihenfolge der gegen die Wittwe Bauer begründeten Hypotheken einrücken müssen, wie wenn die Wittwe Bauer allein sie bestellt hätte und die Alleineigenthümerin gewesen wäre, oder ob vermöge des Umstandes, daß die Gesammtheit der Betheiligten die Hypothek an sich rechtsgültig und mit sofort eintretender Wirksamkeit bestellt hat, bevor die Theilung erfolgte, diese Hypothek an der Spitze steht, ohne daß für sie im Verhältniß zu den die Wittwe Bauer allein betreffenden Hypotheken die Fiktion des Artikels 883 und das Datum in Betracht kommt;

Digitized by Google

J. E., daß der Artikel 883 gemäß seiner Entstehung den Gegenstand und den Zweck hat, in Abweichung von dem Römischen Recht, wonach jeder einzelne Miterbe an jedem Nachlaßobjekt unmittelbar und sofort ein Quoteneigenthum besitzt, welches er als solches veräußern und belasten kann, und wonach bei der Erbtheilung, wenn ein Objekt in das Loos eines Erben fällt, die einzelnen Quoten der Miterben auf ihn übertragen werden, hier der Rechtsauffassung gesetzlichen Ausdruck zu geben: daß die Theilung nicht translativer sondern declarativer Natur sei, und das Eigenthum, welches einem Miterben in der Theilung zugewiesen wird, nicht mittelst Uebertragung von Antheilen der übrigen Miterben, sondern im Gegensatz hierzu als ganz aus eignem Recht ererbt zu betrachten sei;

Daß aus diesem Gesichtspunkt der Artikel 883 seine Fassung erhalten hat, und die in ihm aufgestellte Fiktion in Anwendung zu bringen ist;

Daß aber in dem Bereich der gedachten Rechtsidee und der Fiktion, welche zu ihrer Verwirklichung bestimmt ist, nicht liegt: der Gesammtheit der Erben das wirkliche Eigenthum an den Nachlaßobjekten abzusprechen, die dem Gesammteigenthum entspringenden Verfügungen, welche die den Eigenthümer vollaus repräsentirende Gesammtheit der Erben dritten Personen gegenüber getroffen hat, von der Theilung unter den Erben abhängig zu machen und nur je nach den Ergebnissen der letzteren wirksam werden zu lassen, oder in der Wirkung zu alteriren;

Daß auch, wenn der Artikel 883 des B. G.-B. nach seiner Wortfassung auf ein unbedingtes Wegfingiren des Gesammteigenthums aller Erben mit rückwirkender Zerstörung oder Alterirung der rechtlichen Aeußerungen dieses Eigenthums erstreckt werden kann, doch nicht die Möglichkeit einer literalen Anwendung des Wortlauts maßgebend ist, sondern bei Auslegung und Anwendung des Gesetzes der Gesichtspunkt, welchen seine Worte im Auge haben, und aus welchem sie so gefaßt sind, so wie das rationelle Verhältniß zur Erklärung dienen und durchgreifend sein müssen, hiernach aber der Fiktion des Artikels 883 die Richtung und die Bedeutung nicht beizulegen ist, daß ein durch die Verfügung aller Erben zusammen über das bei ihnen vereinigt bestehende Eigenthum wirklich und gegenwärtig erworbenes Recht durch das später unter den Erben vorgenommene Rechtsgeschäft der Theilung wegdeclarirt oder durch Rechte, welche vermittelst dieses Rechtsgeschäfts zur Wirklichkeit gelangen, geschmälert werden könne;

J. E., daß in einem Falle, in welchem die Theilung unter den Erben nach den Umständen füglich in der Weise geschieht, daß ein Grundstück, welches einem Miterben zugetheilt wird, zu Gunsten des einem anderen Miterben zugetheilten Grundstücks mit einem Servitut belastet wird, die Behauptung daher keinen Beifall finden würde, es hätten die durch die Zutheilung des Grundstücks auf jenen Miterben zur Gültigkeit gelangenden Theilhypotheken die Wirkung, daß das Grundstück vermöge der Fiktion, daß es unmittelbar von dem Erblasser auf jenen Miterben gekommen sei, den Theilhypotheken gegenüber von der in der Theilung ihm auferlegten Servitut frei zu fingiren sei und auf den Grund dieser Hypotheken als nicht mit der Servitut beschwert subhastirt werden könnte;

J. E., daß man in ähnlicher Weise zugeben wird, daß, wenn gemäß der Theilung ein Miterbe Grundstücke erhält und dagegen Herausgaben an Miterben zu machen hat, wofür das Privileg des Artikels 2109 des

Digitized by Google

B. G.-B. besteht, die nach dem Datum älteren Theilhypotheken gegen jenen Miterben nicht vermöge der Fiktion des Artikels 883 den Vorrang vor dem Privileg für die Herausgabe haben;

Daß in diesem Falle der Vorrang des letzteren vor den Theilhypotheken nicht etwa aus der Eigenschaft eines Privilegs hergeleitet werden könnte, da diese Eigenschaft des Pfandrechts für die Herausgabe nach Artikel 2109 lediglich den Vorrang vor allen in den nächsten 60 Tagen nach der Theilung begründeten Hypotheken bezeichnet, aber auf die frühere Zeit keinen Bezug hat;

Daß auch ein etwaiger Versuch, den Vorrang des Herausgabeprivilegs vor den gültig werdenden älteren Theilhypotheken dadurch zu erklären, daß hier zu fingiren sei, die Grundstücke seien unmittelbar von dem Erblasser mit der Theilungsherausgabe belastet jenem Miterben hinterlassen worden, bei dem hierin liegenden inneren Widerspruch die Grenze überschreiten würde, bis zu welcher man berechtigter Weise die Fiktionen treiben kann, und zudem dann auch ebensogut im gegenwärtigen Rechtsfall fingirt werden könnte, der Erblasser habe seine Grundstücke einem Miterben unmittelbar mit derjenigen Hypothek beschwert hinterlassen, welche die Gesammtheit der ihn und den Nachlaß repräsentirenden Erben vor der Theilung bestellt hat;

J. E., daß, falls ein Dritter zum Theilungsgeschäft zugezogener die Theilung der Nachlaßgrundstücke unter den Miterben in Natur dadurch ermöglicht, daß er gegen Bestellung einer Hypothek an allen Nachlaßgrundstücken durch die Gesammtheit der Erben das Geld hergibt, um damit die zur Gleichstellung der Grundstücke in den Loosen angesetzten Summen sofort abzutragen, auch um Nachlaßschulden zu bezahlen, offenbar die Theilhypotheken der betreffenden Miterben dieser Hypothek des Dritten nicht vorgehen können, ohne welche sie selbst nicht bestehen oder nur ein um so minderes Objekt für ihr Bestehen vorfinden würden;

J. E., daß sich an diesen unschwer zu vermehrenden Beispielen herausstellt, daß die in Rede stehende Fiktion das rationelle Verhältniß nicht unterdrücken kann, welches hier darin besteht, daß dasjenige, was seine Existenz von Etwas Anderem herleitet, nothwendig dieses letztere als vor ihm bestehend voraussetzt und anerkennen muß, und daß die Theilhypotheken daß Ergebniß der Theilung, dessen sie bedürfen, um ihr eigenes Gültigwerden zu begründen, unverändert sowie es von der Theilung und Auseinandersetzung geliefert wird, hinnehmen müssen, nicht aber an diesem ihrem Fundament Alterationen prätendiren können;

J. E., daß nun auch der Wortlaut des Artikels 883 die hiermit in Einklang stehende Auffassung zuläßt, daß mit den Worten: tous les effets compris dans son lot, nicht die Nachlaßobjekte unbedingt so, wie sie von dem Erblasser im Augenblick des Todes hinterlassen worden sind, sondern in dem thatsächlichen und rechtlichen Zustand, welcher bei der Theilung unterstellt ist, mit der Belastung, mit welcher sie zugetheilt sind, bezeichnet werden;

J. E., daß die bisherige Betrachtung sich auch auf Verfügungen erstreckt, welche vor der Theilung von der Gesammtheit der Erben über Nachlaßobjekte getroffen sind, und bei diesen Verfügungen das rechtliche Verhältniß kein anderes ist;

Daß es sich auch bei diesen Verfügungen um den Gegensatz zum Quoteneigenthum der einzelnen Miterben und um Uebertragung solcher

Digitized by Google

Quoten nicht handelt, insbesondere auch die Verpfändung des Gesammteigenthums mit der Veräußerung des Gesammteigenthums an einen Dritten auf gleicher Linie steht;

Daß allerdings dann, wenn man eine Veräußerung von Seiten der Gesammtheit der Erben als Summe der von allen einzelnen Erben erfolgenden Uebertragungen ihrer Eigenthumsquoten auffaßt, in Folge dieser Auffassung mit den betreffenden Schriftstellern anzunehmen ist, daß bei der Veräußerung an einen Dritten alle Theilhypotheken nach Maaßgabe der Quoten wirksam werden; daß nachdem aber, wie jetzt in der Rheinischen Rechtssprechung feststeht, daß bei einem Verkauf eines Erbschaftsgrundstückes durch die Gesammtheit der Erben an einen Dritten die Theilhypotheken nicht zur Existenz kommen, die Consequenz des Rechts verlangt, daß auch die Verpfändung durch die Gesammtheit der Erben dem Dritten eine Hypothek gibt, welche durch das Wirksamwerden von Theilhypotheken einzelner Miterben nicht berührt werden kann;

Daß die von der Gesammtheit an einem Nachlaßgrundstück bestellte Hypothek durch einen späteren Verkauf des Grundstücks von Seiten der Gesammtheit an einen Dritten nicht untergeht, die Theilhypotheken aber, wie erwähnt, alsdann nicht ins Leben treten;

J. E., daß man ohne Bedenken annimmt, daß der Dritte auf den Grund einer ihm von der Gesammtheit der Erben bestellten Hypothek das ganze Grundstück zu verfolgen und zu subhastiren befugt ist, ohne daß den Theilhypotheken ein Einspruch dagegen zustände, und daß ferner nach der nunmehr bei uns feststehenden Praxis in dem auf eine solche Subhastation folgenden Collocationsverfahren die Theilhypotheken nicht geltend gemacht werden können, viel weniger einen Rang vor jener Hypothek haben, hiermit aber nicht vereinbar ist, daß, so lange jene Subhastation nicht erfolgt wäre, die Theilhypotheken im Verhältniß zu der Hypothek der Gesammtheit den Vorrang haben sollten, wonach die Gesammthypothek in ihrer Vollstreckung ein stärkeres Recht wäre, als sie an sich selber ist;

J. E., daß die Auffassung berechtigt erscheint, daß eben so wie durch den Verkauf des Nachlaßgrundstücks von Seiten aller Erben an einen Dritten die Gemeinschaft in Betreff dieses Eigenthums erledigt und das ganze Grundstück aus der Gemeinschaft ausgeschieden wird, so auch durch eine an sich gültig und ohne Gefährde erfolgende Bestellung einer Servitut oder eines Nießbrauchs und ebenfalls einer Hypothek von Seiten der Gesammtheit der Erben ein entsprechender Theil des Gesammteigenthumsgehalts aus der gemeinschaftlichen Vermögensmasse ausgeschieden wird; daß in der Belastung mit dem dinglichen Recht, der Verkümmerung des Verfügungs- und Eigenthumsrechts eine partielle Veräußerung liegt, und daß bei der späteren Theilung und Auseinandersetzung das Eigenthum an dem betreffenden Objekt um den Inhalt der dinglichen Berechtigung des Dritten gemindert dem einzelnen Miterben zugetheilt wird und nur so in dessen Loos fällt;

Daß die später erfolgende Theilung und Auseinandersetzung, aus welcher die Theilhypotheken ihre rechtliche Wirksamkeit herleiten, die gedachte Beschwerung der Grundstücke als bestehend voraussetzt, und nach der Natur der Sache angenommen werden muß, daß das Bestehen der Hypothek auf den zugetheilten Grundstücken mit zu den Faktoren und zu dem Bestande der Auseinandersetzung der Erben gehört, und ohne

Digitized by Google

dieselbe die Auseinandersetzung eine andere sein würde, somit die Theilhypotheken, welche ihr eigenes Fundament nicht verläugnen können, diese Grundstücke als schon belastet in das Loos ihres Schuldners gefallen annehmen müssen, und die Fiktion des Artikels 883 nur an dem Objekt, so wie es belastet ist, und unbeschadet dieser Belastung in Anwendung bringen können;

J. E., daß wenn man hiergegen eingewendet hat, daß dem Miterben, welcher eine Legalhypothek gegen sich hat, unmöglich die Befugniß zugestanden werden könne, dieselbe durch seine Handlung zu vereiteln und, während er selbst allein eine Hypothek mit Vorrang vor jener Legalhypothek nicht bestellen kann, dies durch Zuziehung seiner Miterben zu bewirken, so daß die Legalhypothek seiner Willkür schutzlos preisgegeben sei, hierbei zu wenig berücksichtigt ist, daß die Theilhypothek eine nur eventuelle Natur hat, und daß das Gesetz eben von dem Rechtsgeschäft unter den Erben die Eventualität abhängig gemacht hat;

Daß die Legalhypothek gegen einen Miterben in der hier fraglichen Beziehung keine günstigere Beurtheilung in Anspruch nehmen kann, als eine gerichtliche Hypothek und eine Hypothek, die der Miterbe vor der Theilung consentirt hat;

Daß die Theilhypothek ein noch schwächeres Recht ist als eine Hypothek unter einer Suspensivbedingung, indem die Theilhypothek zu ihrer Verwirklichung erst ein Objekt gewinnen muß durch ein Geschäft, worauf der Wille des Schuldners selbst Einfluß hat und indem ihre Rückwirkung auf einer Fiktion beruht, welche, wie oben ausgeführt, sachliche Schranken hat;

Daß dem Inhaber der Theilhypothek das Mittel zusteht, die Theilung zu erzwingen, worauf er auch durch den Artikel 2205 des B. G.-B. hingewiesen wird, und die Frage, ob er nach den Umständen mehr oder weniger in der Lage ist, dieses Mittel zur Geltung zu bringen, principiell nicht entscheidet, zumal die Theilhypotheken der Gunst des Gesetzes sich nicht zu erfreuen haben; daß dagegen der Inhaber einer von der Gesammtheit der Erben an dem Nachlaßgrundstück bestellten Hypothek ein Recht, die Theilung zu provoziren, so wenig wie das Rechtsmittel des Artikels 882 des B. G.-B. besitzt und daher gerade ihm ein Hülfsmittel gänzlich mangeln würde, wie nothwendig oder nützlich auch immer diese Hypothek für die Besteller gewesen wäre;

Daß die Besteller einer Hypothek, die im Zeitpunkt der Bestellung zur Verfügung über den Nachlaß vollständig berechtigt waren, das Gesammteigenthum als Objekt der Hypothek damals wirklich und gegenwärtig in ihrer Hand hatten, und sich nicht annehmen läßt, daß das Gesetz für die Zwischenzeit von dem Tode bis zur Theilung der Erben, den Repräsentanten des Erblassers, in ihrer Gesammtheit die Befugniß versagt hätte, an den Objekten des Nachlasses actuelle Recht zu übertragen und mit Sicherheit erwerben zu lassen; daß das Gesetz ein Recht statuirt habe, wonach für diese Zwischenzeit das wirkliche Verfügungsrecht suspendirt und in der Schwebe wäre, das Eigenthum der Gesammtheit der Erben an den Nachlaß erst in der Deklaration bei der Theilung ins Leben träte, bis dahin nur als Verwaltung und als ungewisses Provisorium bestände, und bei den Bedenken, welche der Dritte haben müßte, sich den Eventualitäten aus den Theilhypotheken aller einzelnen Miterben zu unterwerfen, das Eigenthum an den Grundstücken eines

Digitized by Google

Nachlasses in einer sehr großen Anzahl von Fällen creditlos gemacht werden würde;

J. E., daß nach der obigen Ausführung die Appellanten kraft ihrer Hypothek mit ihren Forderungen der Legalhypothekenforderung der Kinder Bauer und folgeweise auch deren Cessionar Lichtenstein und den ihrerseits mit später datirenden Hypotheken versehenen subrogirten Gläubigern Kamper, Hornungs und Huppertz vorgehen;

Daß sich hierdurch die sämmtlichen Eventualanträge erledigen;

Gegen dieses Urtheil haben Lichtenstein und Consorten rechtzeitig den Cassations-Recurs eingelegt, indem sie Verletzung des Art. 883 des B. G.-B. behaupteten.

Zur Rechtfertigung dieser Behauptung wurde Folgendes angeführt:

Die vom Appellationsrichter erörterte Rechtsfrage sei vom V. Senat des Kgl. Ober-Tribunals vom 16. Januar 1872 im Sinne der von den Cassationsklägern dem Artikel 883 gegebenen Auslegung entschieden worden und auf die Begründung desselben zu verweisen. Die Argumente des angegriffenen Erkenntnisses seien auch nicht stichhaltig. Unrichtig sei zunächst die Behauptung des Appellationsrichters, daß es nicht in der Fiktion des Artikels 883 l. c. liege, der Gesammtheit der Erben das wirkliche Eigenthum an den Nachlaß-Objecten abzusprechen und davon Verfügungen darüber von der Theilung abhängig zu machen. Es sei vielmehr, wenn der Artikel 883 praktische Bedeutung gewinnen solle, die Annahme zulässig, daß alle Dispositionen der Erben vor bewirkter Theilung nur einen provisorischen Charakter hätten. Es sei auch die Behauptung unbegründet, daß die Gesammtheit der Erben ein wirkliches, d. h. definitives Eigenthum hätte, welches zu Dispositionen berechtigte und daß dieselben vor den Dispositionen einzelner Erben den Vorrang haben sollten. Denn, wenn erst die Theilung erkennen lassen solle, wie die Rechte der Erben im Nachlasse sich gestalten, so müßten auch die Dispositionen sämmtlicher Erben hinter den Resultaten der Theilen zurücktreten. Diese Consequenz des Gesetzes könnte nicht durch außerhalb liegende Argumente beseitigt werden. Was die im angegriffenen Erkenntnisse erörterten Fälle anlange, so müsse eine im Theilungsact bestellte Servitut als ein Theil jenes Actes anerkannt und Kraft des Deklarativeffekts der Theilung angenommen werden, die Servitut habe beim Tode des Erblassers schon bestanden. Auch das Privilegium des Artikels 2109 des B. G.-B. müsse von den Theilhypotheken-Gläubigern anerkannt werden, weil die Herausgabe, welche der Miterbe zu machen habe, die Zutheilung des Grundstücks auf ihn bedinge. Die Hypothek der Cassationsverklagten bilde dagegen in keiner Weise die Grundlage der Theilhypothek der Cassationskläger. — Durch eine Veräußerung an Dritte scheide das Nachlaßobjekt aus der Gemeinschaft aus; bei bloßer Verpfändung aber hätten die durch die Theilung zur Wirksamkeit gelangten Theilhypotheken jener Verpfändung keinen Vorrang anzuerkennen. Auch daraus, daß die von der Gesammtheit der Erben bestellte Hypothek beim Verkauf an einen Dritten nicht untergeht und zur Subhastation berechtigt, ohne daß den Theilhypotheken ein Einspruch oder ein Rang im demnächstigen Collocationsverfahren zustehe, folge für den hier vorliegenden Fall nicht, daß die Theilhypotheken hinter der von der Gesammtheit der Erben bestellten Hypothek zurücktreten müßten. Die weitere Behauptung des

Digitized by Google

Appellationsrichters, daß die Hypothekenbestellung eine partielle Veräußerung sei und daß das so belastete Objekt nur mit dem entsprechenden Minderwerth auf den Miterben übergehe, sei eine petitio principii. Wenn eine Sache in das Loos eines Erben falle, so validirten die Theilhypotheken nach dem Datum ihrer Entstehung und gingen den jüngern von der Gesammtheit der Erben bestellten Hypotheken vor. Hiergegen falle nicht ins Gewicht, daß der Wille des Schuldners Einfluß auf das Recht Dritter ausüben könne, vielmehr müßten etwaige Unbilligkeiten gegenüber den Consequenzen der Fiktion des Art. 883 außer Betracht bleiben. Die aus Art. 882 entnommenen Argumente seien ebenwohl unzutreffend. Denn nach Art. 1166 des B. G.-B. könne auch der Gläubiger sämmtlicher Miterben die Theilung provociren. Wenn endlich der Appellationsrichter noch auf die Creditlosigkeit hinweise, welche aus der von ihm mißbilligten Auslegung des Art. 883 hervorgehen würde, so sei zu bemerken, daß das Prinzip jenes Artikels sich in Zeiten entwickelt habe, in welchen der Realcredit nur eine nebensächliche Bedeutung gehabt habe; der Credit der einzelnen Erben werde auch durch jene Auslegung befördert.

Für die Cassations-Verklagten wurde Folgendes ausgeführt:

Es sei nicht zu bestreiten, daß die Miterben, weil sie vor erfolgter Theilung gemeinschaftliche Eigenthümer der zum Nachlasse gehörigen Grundstücke seien, befugt erscheinen, durch gemeinschaftliche Verpfändung die Nachlaßgrundstücke zu belasten. Die von sämmtlichen Miterben bestellte Hypothek erlange sofort ihre Wirksamkeit und der Gläubiger sei ohne Extrahirung einer Erbtheilung berechtigt, das Grundstück gegen die Erben subhastiren zu lassen. Die künftige Auseinandersetzung der Erben berühre ihn nicht. Er habe ein gegenwärtiges unbedingtes und unwiderrufliches Recht, welches durch keine spätere Verfügung der Erben, mithin auch nicht durch die Modalitäten einer Theilung geschmälert werden könne. Mit den Worten des Art. 883 l. c „Tous les effets compris dans son lot" sollten nicht die Nachlaßobjecte gerade so, wie sie von dem Erblasser im Augenblicke des Todes hinterlassen worden sind, bezeichnet werden, sondern es seien die Nachlaßobjekte in demjenigen thatsächlichen und rechtlichen Zustande gemeint, welcher bei der Theilung unterstellt sei, also mit der Belastung, mit welcher die Nachlaßstücke zugetheilt seien. Dürften die sämmtlichen Erben gemeinschaftlich das Nachlaßgrundstück mit einer Hypothek belasten, so sei es undenkbar, daß bei der Theilung ein Miterbe verlangen könne, daß ihm das Grundstück in der Beschaffenheit zugetheilt werde, in welcher es sich bei dem Tode des Erblassers befunden habe. Bei dergleichen Verfügungen durch sämmtliche Miterben handle es sich nicht um den Gegensatz eines Miteigenthums nach Quoten zum Eigenthum an der Sache selbst. Die Verpfändung des gemeinschaftlichen Eigenthums durch sämmtliche Miteigenthümer stehe mit der Veräußerung dieses gemeinschaftlichen Objekts an einen Dritten auf gleicher Linie. Im letztern Falle könnten etwaige Theilhypotheken nicht zur Existenz gelangen. Es sei daher klar, daß solche auch im ersten Falle nicht mit der Wirkung Existenz erhielten daß die gemeinschaftlich geschehene Verpfändung zurücktreten müßte. Sämmtliche Miteigenthümer hätten durch die Verpfändung dem Dritten das jus distrahendi eingeräumt, welches jeder von ihnen, mithin auch derjenige Miterbe respectiren müßte, welcher bei der spätern Auseinandersetzung das belastete Nach-

Digitized by Google

laßgrundstück erhalte. Wie durch den Verkauf des Nachlaßgrundstücks Seitens aller Erben an einen Dritten die Gemeinschaft erledigt und das Grundstück aus derselben ausgeschieden werde, so werde auch durch eine von allen Erben bestellte Servitut oder Hypothek ein entsprechender Theil des gemeinschaftlichen Eigenthumsrechts aus der Masse ausgeschieden. In der Belastung mit dem dinglichen Recht liege eine partielle Veräußerung, durch welche das Eigenthum an dem Objekte um den Inhalt der dinglichen Berechtigung des Dritten gemindert werde. Nur in dieser verminderten Beschaffenheit werde bei der spätern Theilung das betreffende Objekt dem einzelnen Miterben zugetheilt und nur so falle es in dessen Loos.

Die von demselben bestellte Hypothek könne nur mit der Maßgabe validiren, daß die von allen Erben bestellte Hypothek vorgehe, da sonst die in Folge der Hypothekenbestellung gewährleistungspflichtigen Miterben in ihren Rechten beeinträchtigt würden. Die Theilhypothek sei durch die Eventualität bedingt, daß der betreffende Miterbe das Grundstück aus der Masse erhalte, und wenn diese Zuweisung nur eine beschränkte und bedingte sei, so könne die Theilhypothek kein größeres Objekt gewinnen, als durch die Zuweisung sich ergebe; sie müßte, auch wenn sie eine Legalhypothek sei, ungeachtet ihres höhern Alters gegen diejenige Hypothek zurücktreten, welche sämmtliche Erben bestellt hätten. Der Gläubiger eines Miterben könne opponiren, damit nicht ohne seine Zuziehung das Nachlaßgrundstück durch Veräußerung oder Verpfändung Seitens sämmtlicher Erben ganz oder theilweise aus der Gemeinschaft ausgeschieden werde. (Art. 882 ibid.) Sei dies nicht geschehen, so stehe dem Gläubiger kein Recht zu, die vollkommen gültig geschehene Veräußerung oder Verpfändung sämmtlicher Miterben als ungeschehen zu behandeln und umfassendere Rechte in Anspruch zu nehmen, als sein Schuldner nach Maßgabe der Auseinandersetzung in Anspruch zu nehmen befugt sei.

Urtheil:

J. E., daß in dem angegriffenen Erkenntnisse mit Recht davon ausgegangen ist, daß der Art. 883 des B. G.-B. wesentlich den Sinn und die Bedeutung habe, durch Feststellung des Deklarativ-Effekts der Theilung die aus dem römisch-rechtlichen Prinzip des Quoten-Eigenthums erwachsenden Schwierigkeiten zu beseitigen und insbesondere die Belastung der Nachlaßgrundstücke mit den gegen die einzelnen Miterben bestehenden oder entstehenden Hypotheken durch die Bestimmung auszuschließen, daß jeder Miterbe als der alleinige und unmittelbare Rechtsnachfolger des Erblassers hinsichtlich der ihm bei der Theilung zugefallenen Nachlaßgrundstücke zu betrachten und anzusehen sei, als ob er an den übrigen Nachlaßobjekten niemals Eigenthumsrecht gehabt habe;

Daß aus dieser Rechtsfiktion nicht die Folge abgeleitet werden kann, daß die Miterben in ihrer Gesammtheit nicht während der Indivision die vollberechtigten Träger des Eigenthums der Nachlaßobjekte mit unbedingter Dispositionsbefugniß seien und insbesondere jene Nachlaßobjekte nicht in einer Weise belasten könnten, welche es unmöglich macht, daß derjenige Miterbe, welchem sie bei der Theilung zufallen, sie in dem

Digitized by Google

selben thatsächlichen und rechtlichen Zustande erhält, in welchem sie sich beim Tode des Erblassers befunden;

Daß ganz abgesehen von der Befugniß der Erben zur Vornahme solcher thatsächlichen Veränderungen das Gesetz selbst im Art. 2103, Nr. 3 des B. G.-B. den Miterben ein Privilegium auf die einem derselben zugefallenen Nachlaßgrundstücke zur Sicherheit für geschuldete Ausgleichssummen und für Eviction gewährt, mithin eine beim Tode des Erblassers nicht bestandene dingliche Belastung des Nachlaßobjektes feststellt, welche auch der früher bestellten Theilhypothek vorgeht;

Daß dies Rechtsverhältniß sich auch nicht als eine beabsichtigte Ausnahme vom Prinzip des Art. 883 des B. G.-B. zu erkennen gibt, vielmehr in maßgebender Weise die wirkliche Bedeutung jenes Artikels bezeichnet;

Daß, wenn Kraft desselben Prinzips ebenwohl anzunehmen ist, daß die von der Gesammtheit der Erben bestellten Servituten ungeachtet der Fiktion des Art. 883 von demjenigen Miterben, welchem das betreffende Grundstück zufällt, sowie von dessen Hypothekargläubigern anerkannt werden müssen, die weitere Annahme geboten erscheint, daß auch der von allen Miterben ausgegangenen Hypothekenbelastung, als einer eventuellen Partial-Veräußerung die entsprechende rechtliche Wirksamkeit beizumessen sei, mithin volle prioritätische Geltung vor den durch einen Miterben bestellten oder gesetzlichen Hypotheken zu beanspruchen hat;

Daß diese den allgemeinen Rechtsprinzipien sich anschließende Auffassung des Art. 883, welcher bei der Theilung jeder Art von Miteigenthum Anwendung findet (Art 1408, 1409, 1872 des B. G.-B.), um so mehr geboten erscheint, als andernfalls das Miteigenthum in einer dem allgemeinen Interesse nicht entsprechenden Weise gelähmt und insbesondere der wesentliche Zweck des Art. 833, nämlich die Befreiung der Nachlaßgrundstücke von den aus der Belastung derselben Seitens der einzelnen Miterben erwachsenden Nachtheile wieder aufgehoben werden würde, indem bei der entgegengesetzten Auffassung des Art. 883 der Realcredit der Nachlaßgrundstücke von dem Bestehen oder Nichtbestehen der mit eventuellen Prioritätsrechten ausgestatteten Theilhypotheken abhängig bliebe;

Daß hiernach das angegriffene Erkenntniß den Art. 883 l. c. nicht verletzt, sondern richtig angewendet hat:

Aus diesen Gründen

verwirft das Kgl. Ob.-Tribunal, V. Civil-Senat (Rheinischer Senat) den Cassations-Recurs gegen das Urtheil des Rhein. Appellations-Gerichts-Hofes zu Köln vom 21. Juli 1871 u. s. w.

Oeffentliche Sitzung des Kgl. Ob.-Tribunals (Rhein. Senat) vom 8. October 1872.

Ref.: H. G. Ob.-Tr.-Rath Reichensperger.
Concl.: H. G. Ob.-St.-Anw. Dr. Oppenhoff.
Advokaten: Mecke — Dorn.

Digitized by Google

Lebensversicherungs-Police. — Verpfändung. — Bewegliche Sache. — Inhaber-Papiere. — Retentions-Recht.

Die Einräumung eines Pfandrechtes an einer Lebensversicherungs-Police hat die aus derselben sich ergebende Forderung, nicht aber die diese Forderung beweisende Urkunde zum Gegenstande.

Das Allg. D. H.-G.-B. versteht unter beweglichen Sachen nur körperliche Sachen; jene Forderung fällt daher nicht unter den Begriff der beweglichen Sachen, welche in der formlosen Weise des Art. 309 des H. G.-B. verpfändet werden können.

Die Lebensversicherungs-Police nimmt dadurch nicht die Natur eines Inhaber-Papiers an, daß die Gesellschaft sich das Recht vorbehalten hat, ohne nähere Prüfung den Repräsentanten der Police als den von dem Berechtigten zur Erhebung der Zahlung Beauftragten anzusehen.

Das Retentions-Recht des Art. 313 des Allg. D. H. G.-B. reicht weiter als das Pfandrecht und kann sich auch auf Gegenstände ohne Verkaufswerth z. B. auf Beweisdokumente an sich, ohne Rücksicht auf das Rechtsverhältniß, zu dessen Beurkundung sie dienen, namentlich auf eine Versicherungs-Police erstrecken.

Duesberg — Schmitt.

Gegen das in der Abtheilung I Seite 131 des 64. Bandes abgedruckte Urtheil des Kgl. Appell.-Ger.-Hofes zu Köln vom 20. Januar 1872 hat Duesberg den Cassations-Recurs ergriffen und die Verletzung des Art. 309 u. 313 des Handelsgesetzbuches behauptet.

Urtheil:

In E., daß, wenn die Absicht der Parteien dahin ging, daß dem Beklagten ein Pfandrecht an der Lebensversicherungs-Police eingeräumt werden sollte, als Objekt dieses Rechtes naturgemäß nicht die das Forderungsrecht beweisende Urkunde, sondern die Forderung selbst zu betrachten ist; daß diese jedoch unter den Begriff einer „beweglichen Sache" im Sinne des Art. 309 des H.-G.-B. nicht fällt, da darunter nach dem hierin mit den allgemeinen juristischen Begriffsbestimmungen harmonirenden Sprachgebrauche des H.-G.-B. nur körperliche Sachen verstanden werden;

Daß die Lebensversicherungs-Police eine Forderung der darin benannten Person gegen die Versicherungs-Gesellschaft begründet und die Natur eines Inhaberpapieres dadurch nicht annimmt, daß die Gesellschaft sich das Recht vorbehalten hat, ohne nähere Prüfung den Präsentanten

Digitized by Google

der Police als den von dem Berechtigten zur Erhebung der Zahlung Beauftragten anzusehen;

Daß die Frage, ob die Police durch Indossement übertragen werden könne, außer Betracht bleibt, weil eine Uebergabe durch Indossement nicht stattgefunden hat;

Daß demnach der vorige Richter durch die Annahme, daß es an einem geeigneten Objekte für das beanspruchte kaufmännische Faustpfand gebreche, den Artikel 309 des H.-G.-B. nicht verletzt hat;

Daß es sich dagegen anders in Betreff des Zurückbehaltungs-(Retentions-)Rechtes aus dem Artikel 313 des H.-G.-B. verhält; daß dieses, wenn auch mit dem Pfandrechte seinen praktischen Zielen nach verwandt, von demselben doch seinem Inhalte und seinen Wirkungen nach verschieden ist, daß es weiter wie das Pfandrecht und so weit reicht, als überhaupt ein Interesse der Zurückbehaltung vorhanden ist, und daher auch auf Gegenstände ohne Verkaufswerth zum Beispiel auf Beweisdokumente an sich ohne Rücksicht auf das Rechtsverhältniß, zu dessen Beurkundung sie dienen, sich erstrecken und daß unter diesem Gesichtspunkte auch eine Versicherungs-Police das Objekt des Retentionsrechtes im Sinne des Artikels 313 bilden kann;

Daß hieraus folgt, daß der Appellations-Gerichts-Hof, indem er die Versicherungs-Police für einen dem kaufmännischen Retentionsrechte grundsätzlich nicht unterworfenen Gegenstand erklärte, den Artikel 313 des H.-G.-B. verletzt hat, sein Erkenntniß daher der Vernichtung unterliegt; daß indeß, da das Rechtsverhältniß auf Grund dessen die Police in den Besitz des Cassationsklägers gelangt ist, einer Erörterung noch nicht unterworfen ist, es angemessen erscheint, die Sache zu diesem Behufe in die Instanz zurückzuverweisen;

Aus diesen Gründen

cassirt das Reichs-Oberhandelsgericht, zweiter Senat, das Urtheil des zweiten Civil-Senates des Kgl. Preußischen Appellations-Gerichts-Hofes zu Köln vom 20. Januar 1872, verordnet die Beischreibung des gegenwärtigen Urtheils am Rande des cassirten, sowie die Rückgabe der hinterlegten Succumbenzgelder, legt dem Cassationsbeklagten die Kosten dieses Verfahrens zur Last und verweist die Sache zu anderweiter Verhandlung und Entscheidung an den dritten Civil-Senat des gedachten Gerichtshofes.

Reichs-Ober-Handels-Gericht II. Senat. Sitzung v. 2. April 1873.

Ref.: H. R.-O.-H.-G.-R. Schmitz.

Rechts-Anwalte: Horch — Dr. Reuling.

Reichs-Ober-H.-G. — Instruktion der Rechtsmittel. — Anwalt. — Rhein. Prozeßrecht. — Eisenbahn-Gesellschaft. — Haftbarkeit. — Beschädigung des Frachtgutes. — Normalsatz.

In den aus dem Gebiete des rheinischen Prozeßrechtes an das Reichs-Ober-H.-G. gelangenden Sachen bedarf es der Bestellung eines bei dem Königl. Ober-Tribunale angestellten und in Berlin residirenden Anwaltes nicht.

Digitized by Google

Die den Eisenbahn-Gesellschaften durch Art. 427 des H.-G.-B gewährte Befugniß der Beschränkung ihrer Haftbarkeit auf einen Normalsatz bezieht sich nicht nur auf den völligen Verlust, sondern auch auf eine Beschädigung des Frachtgutes.

Köln-Mindener Eisenbahn-Gesellschaft — Allgemeine Eisenbahn-Versicherungs-Gesellschaft in Berlin.

Der Güter-Expedition der Berlin-Stettiner Eisenbahn zu Stettin wurden am 6. Juni 1871 364 Ballen Schaafwolle zur Beförderung an F. Bockmühl Söhne in Düsseldorf übergeben. Dieselben langten hier in beschädigtem Zustande an, weshalb die Adressaten sie nur unter Vorbehalt annahmen und eine gerichtliche Expertise über den Befund veranlaßten, durch welche festgestellt wurde, daß 37 Ballen um 3 Thaler und 29 Ballen um 1 Thaler pro Centner entwerthet waren.

Den vollen Betrag dieser Entwerthung sammt Kosten der Expertise, Bearbeitung der Wolle und so weiter, Summa 384 Thaler 1 Silbergroschen, fordert die Cassationsbeklagte, als Cessionarin der Interessenten, von der Köln-Mindener Eisenbahn-Gesellschaft auf Grund des §. 17 des Betriebs-Reglements vom 10. Juni 1870. Die Eisenbahn-Gesellschaft will auf Grund des §. 23 des bezogenen Reglements nur eine Entschädigung nach Verhältniß des Normalsatzes von 20 Thalern pro Centner gewähren und hat dieselbe ausmachend mit Kosten und so weiter 191 Thaler 9 Silbergroschen 3 Pfennige gezahlt. Die Cassationsbeklagte hat deshalb den nach Abzug dieser Summe von ihrer Schadensberechnung verbleibenden Rest, mit Zinsen, im Betrage von 196 Thalern 6 Silbergroschen 9 Pfennigen bei dem Handelsgerichte in Köln eingeklagt. Gestützt ist die Klage darauf, daß die Ballen der Güterexpedition in Stettin in gutem, trocknem Zustande und in tadelloser leinener Verpackung zum Transport übergeben, daß dieselben in Stettin auf offene, theils Holz- oder Schienen-Wagen geladen worden seien, daß die Köln-Mindener Eisenbahn-Gesellschaft sie von ihren Vorbahnen ohne Protest übernommen und weiter befördert habe und daß die Ballen in Düsseldorf naß, schmutzig, vergilbt, faul, zum Theil in Gährung und Brand gerathen angekommen seien.

Die Eisenbahn-Gesellschaft hat erwidert:

> Die Beförderung der Wolle sei eine durchaus ordnungsmäßige gewesen. Von einer böslichen Handlungsweise sei ersichtlich keine Rede. Sie sei deshalb zu mehr als der gewährten normalmäßigen Entschädigung nicht verpflichtet.

Das Handelsgericht hat nach dem Klageantrag erkannt. In den Gründen ist ausgeführt:

> Daß der Eisenbahn-Gesellschaft ein Verschulden zur Last falle, habe sie dadurch, daß sie überhaupt eine Entschädigung geleistet habe, anerkannt. Es handle sich daher nur, die Höhe des Schadenersatzes festzustellen. Auf den durch Art. 427 Nro. 1 des H.-G.-B. gestatteten Normalsatz könne Beklagte sich nicht berufen. Eine böshafte Handlungsweise sei ihr zwar nicht vorzuwerfen. Die Bestimmung des Art. 427 finde aber an sich auf den vorliegenden Fall nicht Anwendung: dieselbe könne nur auf den Fall eines

Digitized by Google

gänzlichen oder theilweisen Abhandenkommens oder Unterganges des Frachtgutes oder eines völligen Verderbens desselben bezogen werden, in welchem Falle ein bestimmtes Gewicht und zwar das ganze Gewicht des verloren gegangenen oder unbrauchbar gewordenen Frachtgutes nach jenem Normalsatze zu vergüten sei, während es sich hier nur um eine qualitative, proportionelle Werthverminderung handle, für welche der Frachtführer, insofern er überhaupt ersatzpflichtig erscheine, nach ihrem ganzen Betrage aufzukommen habe.

Gegen dies, am 23. Mai 1872 verkündete Urtheil hat die Eisenbahn-Gesellschaft den Cassations-Rekurs ergriffen. Sie rügt Verletzung der Art. 427 Nummer 1, 396 des H.-G.-B., §. 23 Nro. 2, 4, B. des Betriebsreglements vom 10. Juni 1870 und des Rechtsgrundsatzes:

Daß die erlaubten contractlichen Bestimmungen vor den subsidiären Vorschriften der Gesetze zur Anwendung kommen.

Zur Rechtfertigung ist geltend gemacht:

Die von dem Handelsgericht gemachte Unterscheidung entbehre der juristischen Begründung und habe das Gesetz wider sich. Die Art. 396 und 427 handelten sowohl von qualitativer wie quantitativer Beschädigung. Der Art. 427 würde nicht auf Art. 396 en bloc Bezug genommen haben, wenn er die nachgelassene Entschädigung nach dem Normalsatze nur für die letztere Art der Beschädigung hätte verstatten wollen. Abgesehen hiervon bilde aber das Betriebsreglement jedenfalls lex contractus. Dieses bestimme aber ausdrücklich, daß auch bei bloßen Beschädigungen der Normalsatz der Entschädigung nur beansprucht werden könne. Der Vorderrichter verkenne die rechtliche Natur der lex contractus, wenn er davon ausgehe daß die Anwendung des Betriebsreglements in das Ermessen des Richters gestellt sei.

Beantragt ist:

Das angefochtene Urtheil zu cassiren, dem Gegner die Kosten aufzuerlegen, die Rückgabe der Succumbenzgelder zu verordnen, in der Sache selbst die erhobene Klage abzuweisen.

Für die Cassationsbeklagte ist zunächst die Nichtigkeit der Ladung vom 5. Oktober 1872 behauptet, weil darin neben dem Rechtsanwalt Illgner in Leipzig nicht auch ein am Sitze des Obertribunales domicilirter Anwalt bestellt sei, was durch Art. 61 der B.-Pr.-O. vorgeschrieben und durch §. 10 des Bundesgesetzes vom 12. Juni 1869 nicht beseitigt sei.

Eventuell ist ausgeführt:

Der Ansicht des Handelsgerichts in Betreff der Auslegung des Art. 427 des H.-G.-B. müsse beigepflichtet werden. Sollte aber das Urtheil in dieser Beziehung der Vernichtung unterliegen, so würde doch in der Sache nicht zu erkennen, sondern anderweit zu prüfen sein, ob der Vorwurf einer böslichen Handlungsweise sich rechtfertige.

Es ist hiernach beantragt:

Den Cassations-Recurs principaliter als unannehmbar, eventuell als unbegründet zu verwerfen, subsidiarisch bei erfolgender Cassation die Sache zur Entscheidung an ein anderes Handelsgericht zu verweisen.

Digitized by Google

Urtheil:

J. E., daß durch die Benennung des Rechts-Anwaltes Illgner in dem Ladungs-Akte vom 5. Oktober 1872 den gesetzlichen Vorschriften genügt ist und es daneben der Bestellung eines bei dem Königl. Ober-Tribunale zu Berlin fungirenden und an dessen Sitze residirenden Anwaltes nicht bedurfte, da nach §. 10 des Gesetzes vom 12. Juni 1869 in den zur Zuständigkeit des Reichs-Ober-Handelsgerichts gehörigen Sachen zur Vornahme der zur Instruktion des Rechtsmittels dienenden Handlungen, also in Sachen des Rhein. Prozeßrechtes zu den mit dem Ministerium des Anwaltes verbundenen Verrichtungen alle in einem Staate des Deutschen Reiches zur gerichtlichen Praxis fest zugelassenen Rechtsanwälte und Advokaten berechtigt sind;

J. E., daß die in Art. 395 des Handels-G.-B. definirte Verantwortlichkeit des Frachtführers sowohl den durch Beschädigung, wie den durch Verlust des Frachtgutes entstandenen Schaden umfaßt und daß nach Art. 396 bei Berechnung dieses Schadens, also ohne Unterschied, ob es sich um die Beschädigung oder den Verlust des Frachtgutes handelt, der gemeine Handelswerth desselben zu Grunde gelegt werden soll; daß, wenn nun Art. 427 im Anschluß an diese letztere Vorschrift und unter Hinverweisung auf dieselbe gestattet, bei der Schadensberechnung an die Stelle des Handelswerthes einen im Voraus bestimmten Normalsatz treten zu lassen, Sinn und Wortlaut der gesetzlichen Bestimmungen darüber keinen Zweifel lassen, daß dieser Normalsatz sowohl bei Beschädigung wie bei dem völligen Verluste den Maßstab für den zu leistenden Ersatz bilden soll;

Daß daher das Handelsgericht, indem es einen Unterschied zwischen dem Falle des Verlustes und dem einer proportionellen Werthverminderung des Frachtgutes aufstellte und nur für ersteren die Bedingung eines Normalsatzes für zulässig hielt, den Art. 427 citatus verletzt hat;

Daß hiernach das angefochtene Urtheil der Vernichtung unterliegt, die Sache selbst jedoch zu einer Definitiv-Entscheidung noch nicht vorbereitet ist, solcher vielmehr eine Prüfung der Frage, inwiefern der der Eisenbahn-Verwaltung gemachte Vorwurf böslicher Handlungsweise begründet ist, vorhergehen muß;

Aus diesen Gründen

cassirt das Reichs-Ober-Handelsgericht II. Senat das Urtheil des Königl. Preuß. Handels-Gerichtes zu Köln vom 23. Mai 1872, verordnet die Beischreibung des gegenwärtigen Urtheils am Rande des cassirten, sowie die Rückgabe der hinterlegten Succumbenzgelder und legt der Cassations-Beklagten die Kosten dieses Verfahrens zur Last; verweist sodann die Sache zu anderweiter Verhandlung und Entscheidung an das Königl. Handelsgericht zu Düsseldorf.

Urtheil des Reichs-Ober-Handels-G., II. Senat. Sitzung vom 23. April 1873.

Ref. H. R.-O.-H.-G.-Rath Dr. Schmitz.

Advokaten: Illgner — Dorn.

Digitized by Google

Katholische Kirche. — Oeffentliche Beschimpfung der Einrichtungen u. Gebräuche derselben. — Altkatholiken.

Die sogenannten Altkatholiken haben, da sie sich als Angehörige der katholischen Kirche bekennen, rücksichtlich ihres dem Ritus dieser Kirche entsprechenden Gottesdienstes auf den Schutz, welchen das Gesetz der katholischen Kirche gegen Beschimpfungen ihrer Einrichtungen und Gebräuche gewährt, so lange Anspruch, als nicht in gesetzlichem Wege festgestellt ist, daß auf sie die staatliche Anerkennung der katholischen Kirche keine Anwendung finde.

Oeffentliches Ministerium — Grüter.

Der Königl. Ober-Prokurator zu Düsseldorf hat nach geschlossener Voruntersuchung an die Rathskammer des dortigen Königl. Landgerichts den Antrag gerichtet:

Den Kaplan Grüter, Redakteur des „Uerdinger Volksblattes zur Unterhaltung und Belehrung", unter andern wegen der Beschuldigung: 1) durch einen von ihm verfaßten Artikel in Nro. 89 dieses Blattes, 2) durch einen anderen mit den Worten: „In Crefeld hat leider" beginnenden Artikel in derselben Nummer des Uerdinger Volksblattes und 3) durch einen Artikel in Nro. 45 des „Anzeigeblattes für den Kreis Crefeld" mit der Ueberschrift: „Offener Brief" u. s. w. Einrichtungen und Gebräuche der katholischen Kirche öffentlich beschimpft zu haben (§. 166 des Straf-G.-B.), vor das Zuchtpolizeigericht zu verweisen.

Die Rathskammer setzte aber durch Beschluß vom 29. Januar 1873 den Grüter wegen der gedachten Beschuldigung außer Verfolgung, und wurde die gegen diesen Beschluß von dem Königl. Ober-Prokurator eingelegte Opposition durch Beschluß des Anklagesenats des Königl. Appell.-G.-H. zu Köln vom 21. März 1873 als unbegründet verworfen, und zwar aus Gründen, die in dem nachfolgenden Urtheile des Königl. Ober-Tribunals vollständig wiedergegeben sind.

Der Königl. General-Prokurator hat gegen diese Entscheidung am 22. März 1873 den Kassations-Rekurs ergriffen, und Verletzung des Patentes vom 30. März 1847 durch unrichtige Auslegung und Anwendung und Verletzung des §. 166 des Reichs-Str.-G.-B. durch unrichtige Auslegung und Nichtanwendung gerügt.

Urtheil:

In E., den auf die Verletzung des Allerhöchsten Patentes vom 30. März 1847 und des §. 166 des Reichs-Straf-G.-B. gestützten Angriff anlangend:

Daß die Aeußerungen, welche den Gegenstand der Beschuldigung bilden, unbestrittenermaßen die in einer sogenannten altkatholischen Gemeinde celebrirte Messe, also eine gottesdienstliche Handlung, zum Gegenstande haben, die an sich eine Einrichtung der katholischen Kirche darstellt;

Digitized by Google

Daß das angegriffene Urtheil gleichwohl den §. 166 des Straf-G.-B., welcher die öffentliche Beschimpfung der Einrichtungen und Gebräuche einer der christlichen Kirchen mit Strafe bedroht, im vorliegenden Fall aus dem Grunde nicht für anwendbar erachtet, weil zu den vom Staate anerkannten christlichen Kirchen, welche das Gesetz allein im Auge habe, außer der evangelischen nur noch die römisch-katholische Kirche gehöre, diese aber diejenige Kirche sei, welche in dem Papst zu Rom ihr geistliches Oberhaupt erkenne und in Preußen durch die in ihrer Wirksamkeit staatlich anerkannten Landes-Bischöfe repräsentirt werde, welche Kirche gegenwärtig noch in ihrer Organisation in Haupt und Gliedern im Staate bestehe, und weil die sich so nennenden Altkatholiken, indem sie den Beschlüssen des Vatikanischen Concils in Rom ihre Anerkennung versagten, ohne Mitwirkung ihres bisherigen Oberhauptes sich zu Gemeinden konstituirten und einen abgesonderten Cultus ausübten, sich im Lehrbegriffe sowohl, wie in der Disciplin von der römisch-katholischen Kirche trennten, diese nicht weiter zu repräsentiren vermöchten, vielmehr im Sinne des Patentes vom 30. März 1847 eine neue Religions-Gesellschaft bildeten, welcher der Schutz des §. 166 des Straf-G.-B. erst nach staatlicher Anerkennung durch Ertheilung der Corporations-Rechte zustehe;

J. E., daß durch diese Entscheidung die Grenzen verkannt sind, innerhalb deren sich die zur Anwendung der Staatsgesetze berufenen Gerichte zu bewegen haben;

Daß der Streit darüber, welche Lehren einer Kirche dergestalt wesentlich sind, daß ihre Anerkennung die Bedingung der Angehörigkeit zu dieser Kirche bildet, auf kirchlichem Gebiete und zwar mit einer auf dieses Gebiet beschränkten Wirkung zum Austrage zu bringen ist;

Daß dies insbesondere in dem Falle gilt, wenn über die Ausdehnung der Machtbefugnisse, welche nach der wahren Lehre der Kirche den Organen der kirchlichen Gewalt zustehen, gestritten wird, und in Folge der sich gegenüberstehenden Auffassungen der eine der streitenden Theile sich in die Lage versetzt sieht, einen seiner Auffassung entsprechenden abgesonderten Kultus auszuüben;

Daß daher der Anklagesenat, wie er nicht die Befugniß gehabt hätte, diejenigen für außerhalb der katholischen Kirche stehend zu erklären, welche die Beschlüsse des Vatikanischen Concils anerkennen, ebensowenig befugt war, aus Gründen, welche lediglich dem kirchlichen Gebiete angehören, zu entscheiden, daß die sogenannten Altkatholiken sich von der römisch-katholischen Kirche getrennt haben;

Daß er vielmehr, da es sich um den Schutz handelt, welchen die Gesetzgebung des Staats und insbesondere der §. 166 des Straf-G.-B. den christlichen Kirchen gewährt, sich auf die Entscheidung der Frage zu beschränken hatte, ob nach den Gesetzen des Staates die durch den Staat erfolgte Anerkennung der katholischen Kirche zu Gunsten der sogenannten Altkatholiken angerufen werden kann oder nicht;

J. E., daß eine Erklärung des Austrittes aus der katholischen Kirche Seitens der sogenannten Altkatholiken nicht erfolgt ist, von denselben vielmehr ihre volle Zugehörigkeit zu der katholischen Kirche be-

Digitized by Google

hauptet, und das nach dem Beschlusse des Vatikanischen Concils von anderen Angehörigen der katholischen Kirche adoptirte Dogma von der päpstlichen Unfehlbarkeit als eine Irrlehre bezeichnet wird, in dessen Annahme ein Abfall dieses Theiles der Katholiken von ihrer Kirche gefunden werden müsse;

J. E., daß der Staat seine Anerkennung der katholischen Kirche an die Bedingung, daß von den Angehörigen derselben irgend eine Lehre und insbesondere die Lehre von der Bedeutung der Beschlüsse eines den Umfang der päpstlichen Gewalt definirenden Concils als Glaubenslehre anerkannt werde, nicht geknüpft hat;

Daß, wenn aufgestellt wird, der Staat habe mit der Anerkennung der katholischen Kirche zugleich die Organisation derselben und demnach auch die Bedeutung der Aussprüche anerkannt, welche von den Organen der kirchlichen Gewalt ausgingen, hierbei übersehen wird, daß die Anerkennung der kirchlichen Organisation und der Consequenzen derselben sich auf das kirchliche Gebiet beschränkt, da auf dem staatlichen Gebiete Beschlüsse nicht für bindend erachtet werden können, auf welche der Staat in keiner Weise eine Einwirkung auszuüben hat;

J. E., daß, wenn nun aber die Staatsgesetze Bedingungen, von deren Vorhandensein die Zugehörigkeit zu der katholischen Kirche insoweit abhängig sei, als es sich um die Anerkennung dieser Kirche durch den Staat handle, nicht aufgestellt haben, und wenn auch die desfallsigen Aussprüche kirchlicher Behörden, selbst abgesehen von dem über ihre kirchliche Gültigkeit bestehenden Streite, auf dem staatlichen Gebiete nicht maßgebend sein können, alle diejenigen, welche sich als Angehörige der katholischen Kirche bekennen, rücksichtlich ihres dem Ritus dieser Kirche entsprechenden Gottesdienstes auf den Schutz, welchen das Gesetz der katholischen Kirche gegen Beschimpfungen ihrer Einrichtungen oder Gebräuche gewährt, so lange Anspruch haben, als nicht im gesetzlichen Wege festgestellt ist, daß auf sie die staatliche Anerkennung der katholischen Kirche keine Anwendung finde;

J. E., daß hiernach die angegriffene Entscheidung als auf einer Ueberschreitung der den Gerichten gesetzlich zustehenden Gewalt und auf einer Verletzung des §. 166 des Straf-G.-B. beruhend der Vernichtung unterliegt;

J. E. bezüglich desselben Beschuldigungspunktes zur Sache selbst,

Daß, wie auch bereits vom Anklagesenat angenommen worden, der Beschuldigte Grüter die drei inkriminirten Artikel verfaßt und in der Nro. 89 des Uerdinger Volksblattes resp. der Nro. 45 des Anzeigeblattes für den Kreis Crefeld veröffentlicht hat;

Daß hiernach und mit Rücksicht auf den Inhalt der fraglichen Artikel gegen den Beschuldigten Grüter hinreichende Anzeigen vorliegen, durch diese Artikel eine Einrichtung der katholischen Kirche beschimpft zu haben;

Aus diesen Gründen

cassirt das Königl. Ober-Tribunal, Senat für Strafsachen, zweite Abtheilung, das Urtheil des Anklagesenats des Rheinischen Appell.-Ger.-H. vom 21. März 1873, insoweit dadurch der gegen den Rathskammer-Beschluß des Königl. Landgerichts zu Düsseldorf vom 29. Januar dessel-

Digitized by Google

den Jahres eingelegte Einspruch rücksichtlich der gegen den Beschuldigten Grüter auf Grund des §. 166 des Reichsstraf-G.-B. erhobenen Beschuldigung verworfen worden;

Verordnet die Beischreibung dieses Urtheils am Rande des cassirten;

Verweist sodann, in der Sache selbst erkennend, unter Annahme des Einspruchs gegen den erwähnten Rathskammerbeschluß, den Beschuldigten Grüter auch unter der Beschuldigung:

a. Durch einen vom ihm verfaßten, in Nro. 89 des Uerdinger Volksblattes zur Unterhaltung und Belehrung veröffentlichten Artikel, beginnend mit den Worten: „Am Allerheiligenfeste," u. s. w.

b. Durch einen von ihm verfaßten, in derselben Nummer desselben Blattes veröffentlichten Artikel, beginnend mit den Worten: „In Crefeld hat leider," u. s. w.

c. Durch einen von ihm verfaßten, in Nro. 45 des Anzeigeblattes für den Kreis Crefeld veröffentlichten Artikel mit der Ueberschrift: „Offener Brief",

öffentlich eine Einrichtung der katholischen Kirche beschimpft zu haben, — vor die Zuchtpolizeikammer des Königl. Landgerichtes zu Düsseldorf.

Sitzung vom 24. Mai 1873.

Ref.: H. G. O.-Tr.-R. von Holleben.

Concl.: H. G.-St.-A. Wever.

Reichs-Ober-Handelsgericht. — Zuständigkeit. — Instruktion der Rechtsmittel. — Quittung über die Hinterlegung der Succumbenzgelder. — Formalien des Cassations-Rekurses nach §. 1 des Gesetzes vom 13. October 1843.

Die Zuständigkeit des Reichs-Ober-Handelsgerichts in einer durch den obersten Landes-Gerichtshof an dasselbe verwiesenen Sache ist jeder Anfechtung entzogen.

In den aus dem Gebiete des Rhein. Prozeßrechtes an das Reichs-Ober-Handelsgericht gelangenden Sachen bedarf es der Bestellung eines Anwalts am Sitze des Königl. Ober-Tribunals nicht.

Nach der Vorschrift des Decrets vom 2. Brumaire IV Art. 17 hängt zwar die Annehmbarkeit des Cassations-Rekurses von dem Nachweise der Hinterlegung der Succumbenzgelder ab; jedoch braucht die Ueberreichung der Quittung bei Strafe der Nichtigkeit nicht gleichzeitig mit der Hinterlegung der Denkschrift

Digitized by Google

zu erfolgen, kann vielmehr vor Ablauf der Frist für die Einlegung des Rekurses nachgeholt werden.

Der Vorschrift des Gesetzes vom 13. Oktober 1843 in §. 1, wonach in der Denkschrift der Punkt des Erkenntnisses, gegen welchen der Angriff gerichtet ist, bezeichnet, und das Gesetz, dessen Verletzung behauptet wird, angeführt werden muß, wird nicht dadurch genügt, daß das angefochtene Erkenntniß im Allgemeinen einer juristischen Kritik unterworfen, und gegen dasselbe der Vorwurf, mit den Bestimmungen des Handels-G.-B. in Widerspruch zu sein, erhoben wird.

Diese Grundsätze hat das Reichs-Ober-H.-G. (II. Senat) durch Urtheil vom 26. März 1873 in Sachen der Nordd. Packet-Beförderungs-Gesellschaft gegen Faustin ausgesprochen, indem es den Cassations-Rekurs gegen ein Erkenntniß des Landgerichts zu Cleve verworfen.

Band IX. S. 228 der von den Räthen des Gerichtshofes herausgegebenen Sammlung. Vergl. auch bezüglich des dritten ausgesprochenen Grundsatzes Band VIII. S. 53.

Arrest. — Erklärung des Drittarrestaten. — Verurtheilung als unbedingter Schuldner.

Das Gesetz legt in den Art. 568 und folgenden der B.-Pr.-O. dem Drittarrestaten nur die Verpflichtung auf, eine Erklärung darüber abzugeben, in welcher Weise das Rechtsverhältniß zwischen ihm und dem Arrestverklagten nach seiner Auffassung und nach den in seinen Händen befindlichen Beweisstücken besteht, und die letzteren vorzulegen, nicht aber die, den Beweis seiner Behauptungen zu führen.

Wird die vom Drittarrestaten abgegebene Erklärung Seitens des Arrestklägers als materiell unrichtig bestritten, so beginnt damit ein neues Verfahren, in welchem der Drittarrestat die Stelle einer Prozeßpartei dem die Rechte des Arrestverklagten ausübenden Arrestkläger gegenüber einnimmt, und in welchem die gewöhnlichen Vorschriften des Prozesses über die Beweislast und die Folgen des Erbringens oder Nichterbringens von Beweisen zur Anwendung kommen.

Es kann daher, sobald die abgegebene Erklärung den formellen Vorschriften entspricht, die nachgewiesene Unrichtigkeit derselben, ebenso wie der Mangel an Beweisen für ihre Wahr-

Digitized by Google

heit, nicht die im Art. 577 angedrohte Strafe der Verurtheilung des Drittarrestaten als unbedingter Schuldner, sondern nur dessen Verurtheilung zu dem nachgewiesenen Betrage der Forderung nach sich ziehen.

Berl Salmon — Haas.

Die Eheleute Johann Schuh und Anna Maria Merziger hatten zwei Söhne, Michael Augustin Schuh und Mathias Joseph Schuh. Michael Augustin Schuh war verheirathet mit Juliane Kaeuffer und aus dieser Ehe waren drei Kinder entsprossen.

Johann Schuh war 1847 gestorben. Nach seinem Tode wurde am 12. Juni 1860 vor Notar Hoffschmidt zu Wadern auf Anstehen 1., der Eheleute Michael Augustin Schuh und Juliane Kaeuffer sowie 2., der Mutter des Augustin Schuh, Wittwe von Johann Schuh, eine Versteigerung von Immobilien abgehalten, welche einen Erlös von 2076 Thlr. und 173 Thlr. an Schlaggeld aufbrachte. Nach §. 6 der Kaufbedingungen sollten alle Zahlungen zu Händen des Berl Salmon erfolgen, welchem der ganze Steigpreis cedirt sei. Am Schlusse des Aktes ist die Cession der Requirenten der Versteigerung an den Salmon beurkundet. Der Cessionspreis ist auf 1800 Thaler festgesetzt, welchen Cessionar an die Hypotheken- und privilegirten Gläubiger sowie an den Notar zahlen sollte.

Am 28. Juni 1860 fand vor demselben Notar auf Anstehen blos des Augustin Schuh eine Mobilar-Versteigerung statt. Der Erlös wurde in gleicher Weise an den Berl Salmon für 142 Thlr. 23 Sgr. cedirt.

Laut Urkunde vor Notar Stroof zu Trier vom 20. Juli 1863 bekannte Michael Augustin Schuh den Cessionspreis aus der Mobilar-Versteigerung mit 142 Thlr. 23 Sgr. ganz und auf den Cessionspreis aus der Immobilar-Versteigerung 448 Thlr. erhalten zu haben. Der Rest von 1360 Thlr. sollte erst dann an den Augustin Schuh gezahlt werden, wenn die Hypothekenfreiheit der Grundstücke nachgewiesen sei. Dagegen soll das vor Notar Kewenig zu Saarbrücken am 19. März 1861 gethätigte Cessionsgeschäft durch diese Erklärung nicht berührt werden. Damals hatten die Geschwister Langwied eine ihnen an die Eheleute Michael Augustin Schuh zustehende, aber auf anderen als den am 12. Juni 1860 versteigerten Grundstücken haftende Hypotheken-Forderung dem Berl Salmon für 2327 Thlr. cedirt. Endlich stellte der Michael Augustin Schuh am 18. Mai 1865 eine Privat-Quittung aus, nach welcher er für seine Forderung an Salmon laut Akts vom 20. Juli 1863 zum Betrage von 1360 Thlr. befriedigt sei und auf alle Ansprüche an den Berl Salmon verzichte.

Michael Augustin Schuh starb 1865 mit Hinterlassung seiner Ehefrau und dreier Kinder. Seine Mutter die Wittwe Johann Schuh starb 1867.

Johann Joseph Haas in Trier hatte judikatmäßige Forderungen zum Gesammtbetrage von 2352 Thlr. und zwar eine gegen den Michael Augustin Schuh, eine zweite gegen denselben solidarisch mit seinem Bruder Mathias Schuh und eine dritte gegen Mathias Schuh allein.

Digitized by Google

Am 12. Mai 1870 ließ er nun bei Berl Salmon Arrest anlegen auf alle Gelder, welche derselbe 1., den minderjährigen Kindern des Michael Augustin Schuh, 2., dem Mathias Schuh, persönlich sowie als Erben ihrer 1867 verstorbenen Mutter resp. Großmutter verschulde, bis auf Höhe seines Guthabens von 2353 Thlr.

Die Arrestanlage wurde der Mutter der Minorennen, als Vormünderin, und dem Mathias Schuh mit Ladung auf Gültigkeits-Erklärung zugestellt, und der Arrest durch Contumacial-Urtheil des Landgerichts zu Trier vom 4. Juli 1870 für gültig erklärt.

Der Drittarrestat gab nun am 2. November 1870 auf dem Landgerichts-Sekretariate folgende Erklärung ab:

> Die zwischen ihm und dem verstorbenen Michael Augustin Schuh, Erblasser der Arrest-Verklagten, bestandenen Rechtsverhältnisse seien vollständig regulirt und ausgeglichen zufolge der Quittung vor Notar Stroof vom 20. Juli 1863 und Quittung unter Privatunterschrift vom 18. Mai 1865; in sonstigen Verhältnissen stehe er mit Schuh nicht und verschulde demselben nichts mehr.

Diese Erklärung wurde als ungenügend bestritten, weil sie sich blos über das Verhältniß zu Augustin Schuh, nicht über das zu der Wittwe Johann Schuh verhalte, und wurde Verurtheilung des Drittarrestaten beantragt.

Dieser gab nunmehr am 17. März 1871 durch seinen Anwalt folgende weitere Erklärung ab:

> Jene erste Erklärung werde dahin ergänzt, daß Drittarrestat weder mit Juliane Kaeuffer Wittwe Michael Augustin Schuh, noch mit Anna Maria Merziger Wittwe Johann Schuh, Mutter des Augustin Schuh, jemals in geschäftlichen Beziehungen gestanden, den genannten Personen also weder zur Zeit der Anlegung des Arrestes etwas verschuldet habe, noch dermalen etwas verschulde.

Diese Erklärung wurde vom Anwalt zu affirmiren versäumt.

Nun erhob der Arrestkläger Klage auf Verurtheilung des Drittarrestaten als unbedingten Schuldner. Er führte aus: die erste Erklärung beziehe sich gar nicht auf die Wittwe Johann Schuh, während der Arrest auf die Forderungen der Kinder des Augustin Schuh und die des Mathias Schuh als Erben derselben angelegt sei. Es sei also das Verhältniß so anzusehen, als wenn gar keine Erklärung abgegeben sei. Die zweite Erklärung sei unrichtig, und es werde Beweis durch Urkunden und Zeugen erboten, daß Drittarrestat mit der Wittwe Johann Schuh noch zur Zeit deren Todes in geschäftlichen Beziehungen gestanden habe, daß dieselbe ihm Liegenschaften habe veräußern lassen, und Salmon den ihm cedirten Kaufpreis zur Zeit des Todes derselben noch nicht bezahlt habe.

Das Königliche Landgericht zu Trier wies die Klage ab, indem es annahm, daß der Mangel der Affirmation der ergänzenden Erklärung vom 17. März 1871 gesetzlich nicht die Folge habe, daß der Deklarant schon deshalb als Selbstschuldner zu verurtheilen sei, und sodann ferner erwog:

Digitized by Google

Daß zur Sache selbst dem Arrestkläger der Beweis der materiellen Unrichtigkeit der abgegebenen Erklärung obliege;

Daß indessen der erbotene, auch mit dem bei Verhandlung der Sache beigefügten Zusatze noch immer sehr unbestimmte Beweis schon aus dem Grunde nicht erheblich sei, weil es nicht darauf ankomme, ob am Todestage der Anna Maria Merziger, 12. Juni 1867, sondern ob am Tage der Arrestanlage, 12 Mai 1870, der Drittarrestat dem Arrestverklagten, Rechtsnachfolger der Anna Maria Merziger, etwas verschuldet;, überdies der Zeugenbeweis ausgeschlossen sei, da der Kläger nur die Rechte seiner Schuldner geltend machen könne, Urkunden aber schon jetzt hätten vorgelegt werden müssen.

Gegen diese Entscheidung legte Arrestkläger Berufung ein, und produzirte jetzt die bis dahin nicht vorgelegte Urkunde vom 12. Juni 1860 betreffend die Immobilarversteigerung und Cession des Kaufpreises, in welcher die Wittwe Johann Schuh als Mitrequirentin figurirt.

Im Laufe der Instanz gab nun der Drittarrestat am 6. Juni 1872 eine dritte Erklärung ab, welche im Wesentlichen dahin ging:

Bei der Güterversteigerung am 12. Juni 1860 habe neben den Eheleuten Michael Augustin Schuh und Juliane Kaeuffer zwar auch noch die Wittwe Johann Schuh Anna Maria Merziger als Requirentin der Versteigerung figurirt, obgleich sie nicht mehr an den Gütern betheiligt gewesen, da deren Eigenthum Kraft stattgehabter Theilung auf ihren Sohn Michael Augustin Schuh ausschließlich übergegangen, wie sich dies aus dem Kataster-Auszuge ergebe, in welchem die fraglichen Güter bereits auf Michael Augustin Schuh überschrieben seien. Weil aber jene Theilung nicht notariell verbrieft worden, sei die Mutter Wittwe Schuh zur größern Sicherheit der Ansteigerer mit als Versteigerin aufgetreten.

In der Erklärung vom 2. November 1870 seien bereits die Titel angegeben, aus denen seine, des Drittarrestaten, völlige Entlastung aus der Versteigerung respektive Cession vom 12. Juni 1860 hervorgehe, nämlich Quittung vor Notar Stroof vom 20. Juli 1863 sowie Privat-Quittung und Decharge vom 18. Mai 1865.

Außer diesem Cessionsgeschäfte, das in Wahrheit nur den Michael Augustin Schuh angegangen, habe er, Drittarrestat, weder mit jenem, noch mit dessen Mutter Wittwe Johann Schuh, noch mit dessen Wittwe oder minderjährigen Kindern, noch mit Mathias Joseph Schuh in irgend einem Geschäftsverhältnisse gestanden, so daß seine frühere Erklärung, den sämmtlichen Arrestverklagten nichts zu verschulden, auf Wahrheit beruhe.

Der Rhein. Apell.-Ger.-Hof erkannte am 31. Juli 1872 reformatorisch, indem er den Salmon als Selbstschuldner der eingeklagten Forderung zur Zahlung von 1983 Thaler verurtheilte.

Die Gründe dieser Entscheidung lauten:

In E., daß die Erklärung vom 2. November 1870 offenbar als ungenügend erachtet werden muß, da dieselbe Frage, worauf es nach der Arrestanlage hauptsächlich ankommt, nämlich: ob der Appellat den min-

Digitized by Google

derjährigen Kindern des Michael Augustin Schuh und dem Mathias Schuh, als Erben ihrer Mutter, respektive Großmutter, Anna Maria Merziger, Wittwe von Johann Schuh, etwas verschulde, gänzlich unberührt läßt;

J. E., anlangend die von dem Appellaten nachträglich am 17. März 1871 abgegebene Erklärung, daß zwischen ihm und der Anna Maria Merziger ein Schuldverhältniß niemals bestanden habe, und er daher den vorgenannten Personen nichts verschulde;

Daß zwar der schon früher gerügte Mangel der gesetzlich vorgeschriebenen Affirmation durch die nach Erlaß des Urtheils a quo geschehene Affirmation gedeckt ist, es auch einem gegründeten Bedenken nicht unterliegt, daß, wenngleich ein solcher Mangel unter Umständen bei einem Streit über die Wahrheit des materiellen Inhalts der Erklärung nicht ohne Bedeutung ist, er doch, wie auch der erste Richter erwogen hat, gesetzlich nicht die Folge hat, daß der Deklarant schon deshalb als Selbstschuldner zu verurtheilen sei;

Daß aber die materielle Unrichtigkeit dieser Erklärung in gegenwärtiger Instanz durch die von dem Appellanten beigebrachte Urkunde dargethan ist, indem das notarielle Versteigerungsprotocoll vom 12. Juni 1860 ergibt, daß bei der an diesem Tage abgehaltenen Immobiliarversteigerung neben den Eheleuten Michael Augustin Schuh und Juliane Kaeuffer die Anna Maria Merziger, Wittwe Schuh, Mitrequirentin war und mit jenen den Erlös der verkauften zehn Parzellen im Betrage von 2076 Thaler an den heutigen Appellaten cedirt hat, wogegen dieser sich verpflichtete, den auf 1808 Thaler festgesetzten Cessionspreis zur Entlastung der Cedenten an die Hypothekar- und privilegirten Gläubiger und den fungirenden Notar zu zahlen;

J. E., daß ferner der Inhalt der dritten, im Laufe dieser Instanz von dem Appellaten abgegebenen Erklärung vom 6. Juni 1872 weder jene frühere Erklärung in Betreff des Verhältnisses zur Wittwe Schuh als wahr und richtig darzustellen vermag, noch auch mit den Ausführungen des Appellaten dazu angethan ist, den Letztern jetzt zu entlasten;

Daß nämlich die Behauptung des Appellaten, die Anna Maria Merziger sei zur Zeit der Versteigerung nicht mehr Miteigenthümerin der verkauften Parzellen gewesen, sondern nur deshalb, weil ein Theil davon ihr früher gehört und sie denselben durch formlosen Vertrag auf ihren Sohn Michael Augustin Schuh übertragen gehabt, bei der Versteigerung zur größern Sicherheit der Ansteigerer als Mitverkäuferin aufgetreten sei, einestheils unerwiesen ist, da ein Katasterauszug und die sonst dafür vorgebrachten sehr entfernten Vermuthungen zu einem solchen Beweise nicht ausreichen, anderntheils aber auch die vertraglichen Verpflichtungen des Appellanten zur Wittwe Schuh nicht alteriren und hinwegräumen kann, indem die Wittwe Schuh gleich den Eheleuten Michael Augustin Schuh Mitverkäuferin war, und bei der Cession mit dem Appellaten contrahirte und sowie sie als Mitverkäuferin die Verpflichtung übernahm, den Ansteigerern im Falle einer Eviktion Garantie zu leisten, so auch durch die Mitwirkung bei der Cession sowohl dem Appellaten als auch ihren Mitrequirenten gegenüber berechtigt wurde, die Verwendung des Cessionspreises zur Tilgung der vorhandenen Hypothekenschulden zu verlangen, abgesehen davon, daß auch die Erwägung sehr nahe liegt, daß sie zu ihrer

Digitized by Google

Entlastung von persönlicher Mitverpflichtung für die Schulden an der gedachten Verwendung Interesse hatte;

Daß es bei dem gegen den Appellaten erbrachten Beweise der gedachten vertragsmäßigen Verpflichtung Sache des Appellaten war, wenigstens jetzt sich über die Erfüllung dieser Verpflichtung auszuweisen, also die betreffenden Hypothekenschulden aufzustellen und mit Belägen darzuthun, daß dieselben von ihm mittels Verwendung des Cessionspreises zur Entlastung der Wittwe Schuh und der Eheleute Schuh getilgt seien;

Daß der Act und die Bescheinigung des Michael Augustin Schuh, auf deren Vorlegung der Appellat seine desfallsige Productionen in diesem Rechtsstreite fortwährend beschränkt hat, die Rechte der Wittwe Schuh nicht treffen und die Liberation des Appellaten gegenüber dem die Rechte der Erben der Wittwe Schuh geltend machenden Appellanten nicht darthun können;

Daß dasjenige, was für den Appellaten von der Cession einer hypothekarischen Forderung der Geschwister Langwied an den Appellaten gesagt ist, bei dem Umstand, daß der deshalb bezogene Hypothekenauszug zu einem Verfahren über den Kaufpreis ganz anderer Grundstücke und Gebäulichkeiten, als wovon es sich bei der Versteigerung und der Cession vom 12. Juni 1860 handelte, gehört, nichts weniger als geeignet erscheint, für den Appellaten zu sprechen, und der Annahme Raum zu geben, daß die von den Geschwistern Langwied cedirte Hypothek hier heranzuziehen und nicht in jenem andern Verfahren über andere Grundstücke zur Geltung gebracht sei, sondern hier bezüglich der Verwendung des Cessionspreises aus dem Act vom 12. Juni 1860 in Betracht komme, während darüber, daß diese Hypothek oder die sonstigen Hypotheken, insofern sich der Act vom 12. Juni 1860 darauf bezieht, wirklich von dem Appellaten aus dem Cessionspreis zur Entlastung der Wittwe Schuh getilgt und gelöscht seien, nicht einmal eine bestimmte Aufstellung, welche von dem Appellanten erörtert werden könnte, geschweige denn die Nachweise und Beläge beigebracht sind;

Daß demnach der Appellat, der auch jetzt noch die Sache durchaus im Dunkel gelassen, in Folge seiner unrichtigen Erklärungen und weil er in Ermanglung jedes Nachweises seiner Liberation von der ihm der Wittwe Schuh und deren Erben gegenüber obliegenden Verpflichtung den Vorschriften der Art. 573 und 574 der B.-Pr.-O nicht nachgekommen ist, der Bestimmung des Art. 577 der B. Pr.-O. unterliegt;

Daß der Appellat übrigens 6 Prozent Zinsen nur von dem in der eingeklagten Forderung enthaltenen urtheilsmäßigen Betrag und von dem Rest nur Zinsen zu 5 Prozent seit dem Tage der Ladung verlangen kann.

Der Berl Salmon hat gegen das Urtheil den Cassationsrekurs ergriffen und macht zwei Cassationsmittel geltend:

1. Verletzung der Art. 573, 574, 577 der B. Pr.-O. und des Art. 1315 des B. G.-B.

Der Vorderrichter stütze seine Entscheidung darauf, daß die erste Erklärung ungenügend, die zweite und dritte materiell unrichtig sei und Drittarrestat seine Liberation nicht nachgewiesen habe, verkenne aber den Umfang der Verpflichtungen, welche das Gesetz dem letztern auferlege.

Digitized by Google

Cassationskläger habe eine Erklärung abgegeben und in derselben Grund und Betrag der Schuld sowie seine Befreiung von dieser nachgewiesen. Die Strafe des Art. 577 trete nicht ein, wenn die Erklärung eine falsche oder nur unrichtige sei, sobald nur den formellen Vorschriften genügt worden. Der contestirende Arrestat trete dann lediglich in die Stelle seines Schuldners, des Arrestaten, und könne sich nicht auf die Vorschrift des Art. 577 berufen, sondern müsse im gewöhnlichen Wege auf Grund des Art. 1166 des B. G.-B. gegen den Drittarrestaten vorgehen. In diesem Verfahren seien dann die Contestationen und Einreden gegen denselben zu erledigen.

Die Erklärung, welche Art. 573 vorschreibe, habe nur den Zweck, das Sachverhältniß, wie es nach Ansicht des Drittarrestaten bestehe, zu fixiren, derselbe habe nur die Beweisstücke vorzulegen, welche nach dieser seiner Ansicht zu der Erklärung gehörten, sei aber nicht verpflichtet, objektiv seine Liberation nachzuweisen. Seinen Angaben müßte vielmehr bis dahin, daß der Arrestkläger das Gegentheil nachweise, geglaubt werden.

Schon die erste Erklärung vom 2. November 1870 sei genügend gewesen, da sie das Schuldverhältniß als solches und dessen Tilgung nachgewiesen habe. Daß darin nicht angeführt worden, daß Drittarrestat der Wittwe Schuh ebenfalls nichts verschulde, sei irrelevant. Wenn nun auch die zweite Erklärung vom 17. März 1871 materiell unrichtig wäre, so folge nur, daß Drittarrestat von einer irrthümlichen Auffassung ausgegangen sei, und unterliege er darum noch nicht der Strafe des Art. 577. Es habe gegen ihn wie jeden seine Schuld läugnenden Schuldner verfahren werden müssen, und das Appellationsurtheil habe sich mit Unrecht auf eine Untersuchung der Richtigkeit der Erklärung eingelassen. Außerdem habe aber auch, um die Unrichtigkeit derselben darzuthun, nachgewiesen werden müssen, daß nach der Versteigerungsurkunde die Wittwe Johann Schuh wirklich habe Gläubigerin werden sollen.

Es wird dann endlich bezüglich der dritten Erklärung ausgeführt, daß der Appellationsrichter rechtsirrthümlicher Weise von dem Cassationskläger den Nachweis der Befreiung von seiner Verbindlichkeit der Wittwe Schuh gegenüber verlange, während ihm der Nachweis habe geführt werden müssen, daß das Schuldverhältniß noch bestehe. Deshalb sei seine Erklärung ausreichend, um ihn im Arrestprozesse der Vorschrift des Art. 577 gegenüber zu entlasten. Die Fragen über die Stellung der Wittwe Schuh zu dem Versteigerungs- und Cessionsgeschäft, über ihre Rechte aus demselben, über die Bedeutung der von dem Drittarrestaten produzirten Quittungen seien im gewöhnlichen Verfahren zu erörtern gewesen.

Höchstens könne man annehmen, Cassationskläger habe unbewiesene Behauptungen und Angaben gemacht; keinesfalls könne er aber zu einem Mehr verurtheilt werden, als er der Wittwe Schuh wirklich verschulde.

2. Verletzung des Art. 7 des Decrets vom 20. April 1810 und der Art. 724, 870, 873, 1166 des B. G.-B.

Der Appellationsrichter habe die Behauptung, daß Mathias Schuh nicht Schuldner des Arrestklägers sei, gar nicht einer Prüfung unterzogen und die Einreden, daß die Arrestaten Minorennen Schuh die Handlungen ihres Vaters also auch dessen Quittungen anerkennen und vertreten müßten, nicht beachtet.

Digitized by Google

Beantragt ist:

Das Urtheil des Rheinischen Appellationsgerichtshofes vom 31. Juli 1872 zu cassiren, die Rückgabe der Succumbenzgelder zu verordnen, dem Cassationsverklagten die Kosten zur Last zu legen und zur Sache selbst die eingelegte Berufung von dem Urtheil des Königlichen Landgerichts zu Trier kostenfällig zu verwerfen.

Der Cassationsverklagte hat die Ausführungen des Cassationsrekurses bestritten und Verwerfung des Rekurses beantragt.

Urtheil:

J. E. zum ersten Cassationsmittel:

Daß durch die Arrestanlage für den Arrestkläger kein eigenes Recht dem Drittarrestaten gegenüber begründet wird, derselbe vielmehr nur diejenigen Rechte geltend machen kann, welche dem Arrestverklagten als Gläubiger gegen den Drittarrestaten zustehen;

Daß nun zwar das Gesetz in Art. 568, 570, 571, 573, 574 der B. Pr.-O. dem Drittarrestaten die Verpflichtung auferlegt hat, eine Erklärung abzugeben, welche den Grund und Betrag der Forderung des Arrestverklagten, die etwa geleisteten Abschlagszahlungen und, falls die Forderung nicht mehr besteht, den Act oder die sonstigen Gründe der Liberation enthalten muß, und welcher die Beweisstücke beizufügen sind;

Daß hierdurch aber der Drittarrestat nur zu einer Erklärung darüber verpflichtet wird, in welcher Weise das Rechtsverhältniß zwischen ihm und dem Arrestverklagten nach seiner Auffassung und nach den in seinen Händen befindlichen Beweisstücken besteht, da er eine weitergehende Verpflichtung weder auf eine von dem Arrestverklagten gegen ihn etwa angestellte Klage haben würde, noch auch ihm eine solche durch die Spezialbestimmungen der Art. 568, 570, 571, 573, 574 auferlegt ist;

J. E., daß die Unterlassung dieser Erklärung oder der Vorlegung der Beweisstücke durch Art. 577 mit der Strafe bedroht ist, daß in diesem Falle der Drittarrestat als unbedingter Schuldner der Forderungen verurtheilt werden kann, welche den Gegenstand des Exekutionsverfahrens bilden;

Daß diese Strafandrohung den Zweck hat, die Erfüllung der vorgedachten Verpflichtung des Drittarrestaten zu sichern, daß aber sobald der letztere eine den formellen Vorschriften der Art. 573, 574 entsprechende Erklärung abgegeben hat, diese Verpflichtung erfüllt ist, und mithin von einer Anwendung der Strafbestimmung des Art. 577 nicht mehr die Rede sein kann;

Daß namentlich aber nur die unterlassene Vorlegung der in seinem Besitz befindlichen Beweisstücke, nicht aber der Mangel des Beweises seiner Behauptungen die Strafe des Art. 577 nach sich ziehen kann, da in demselben nur die in den vorhergehenden Artikeln enthaltenen justifications ordonnés erwähnt sind, und in diesen Artikeln dem Drittarrestaten nur die Verpflichtung auferlegt ist, die Beweisstücke vorzulegen, welche er besitzt, nicht aber den Beweis seiner Behauptung zu führen;

Digitized by Google

Daß, wenn die von dem Drittarrestaten abgegebene Erklärung seitens des Arrestklägers als materiell unrichtig bestritten wird, damit ein neues Verfahren beginnt, in welchem der Drittarrestat die Stelle einer Prozeßparthei dem die Rechte des Arrestverklagten ausübenden Arrestkläger gegenüber einnimmt und in welchem die gewöhnlichen Vorschriften des Prozesses über die Beweislast und die Folgen des Erbringens oder Nichterbringens von Beweisen zur Anwendung kommen;

Daß mithin, sobald die abgegebene Erklärung den formellen Vorschriften entspricht, und nur ihre materielle Richtigkeit contestirt wird, die nachgewiesene Unrichtigkeit derselben, ebenso wie der Mangel an Beweisen für ihre Wahrheit nicht die im Art. 577 vorgesehenen Folgen, sondern nur eine Verurtheilung des Drittarrestaten zu dem nachgewiesenen Betrage der Forderung nach sich ziehen kann;

J. E., daß, wie nicht mehr bestritten ist, durch die von dem Drittarrestaten am 12. März 1871 und 6. Juni 1872 abgegebenen Erklärungen den formellen Vorschriften der Art. 573, 574 Genüge geleistet ist;

Daß, wenn man nun auch von der Voraussetzung ausgeht, daß durch die Urkunde vom 12. Juni 1860 die materielle Unrichtigkeit dieser Erklärungen nachgewiesen sei, hierdurch die Anwendung des Art. 577 nicht begründet werden kann;

Daß, wenn ferner auch Cassationskläger dieser Urkunde gegenüber einen Beweis für die Richtigkeit seiner Erklärungen nicht geführt hat, ebensowenig ihn die Strafe des Art. 577 treffen kann, da in keiner Weise feststeht, daß er in seinem Besitz befindliche Beweisstücke mit seiner Erklärung nicht vorgelegt hat;

Daß beide Momente vielmehr nur nach erfolgter thatsächlicher Feststellung des Sachverhaltes zu einer Verurtheilung des Cassationsklägers zu dem nach Ergebniß des Beweisverfahrens resultirenden wirklichen Betrage seiner Schuld, nicht aber zu einer Verurtheilung zu der ganzen Forderung des Cassationsverklagten führen konnten;

Daß mithin das angefochtene Urtheil die Art. 573, 574, 577 durch unrichtige Anwendung verletzt hat, und deshalb der Vernichtung unterliegt, ohne daß es einer weiteren Erörterung des zweiten Cassationsmittels bedarf;

Aus diesen Gründen

cassirt das Königl. Ober-Tribunal, 5. Civil-Senat (Rheinischer Senat) das Urtheil des Rheinischen Appell.-Ger.-Hofes zu Köln vom 31. Juli 1872, legt dem Cassationsverklagten die Kosten zur Last, verordnet die Rückgabe der hinterlegten Succumbenzstrafe, sowie die Beischreibung des gegenwärtigen Urtheils am Rande des cassirten;

Verweist sodann die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung an den zweiten Senat des gedachten Appell.-Ger.-Hofes.

Sitzung vom 24. Juni 1873.

Ref.: H. G. Ob.-Tr.-Rath Bierhaus.
Concl.: H. Ob.-St.-Anw. Oppenhoff.
Advokaten: Mecke — Dorn.

Digitized by Google

Besitz. — Eigenthumsbesitz. — Ausübung eines Rechtes an einer fremden Sache. — Wegegerechtigkeit. — Ersitzung. — Oeffentlicher Weg. — Rechtliche Vermuthung für Eigenthumsbesitz.

Der den Charakter der Ausschließlichkeit an sich tragenden Eigenthumsausübung stehen die auf Benutzung des streitigen Gegenstandes abzielenden Handlungen Dritter nur dann hindernd entgegen, wenn bei denselben die Absicht gleichfalls auf Ausübung des Eigenthums, nicht aber, wenn sie nur auf Ausübung eines Rechtes an einer fremden Sache gerichtet ist.

So hindert insbesondere das Gehen oder Fahren auf einem Grundstücke von Seiten Dritter nur dann den Eigenthumserwerb durch Ersitzung, wenn die Dritten mit dem Willen, als Eigenthümer zu besitzen, jene Benutzung vornahmen, nicht aber, wenn sie nur die Absicht hatten, eine Wegegerechtigkeit auszuüben.

Der Grundsatz, daß eine Wegegerechtigkeit als eine nicht ununterbrochene Dienstbarkeit nicht durch Ersitzung erworben werden kann, gilt auch rücksichtlich einer Gemeinde. Eine solche kann einen öffentlichen Weg durch Ersitzung nur insofern erwerben, als sie das Eigenthum an dem Wegekörper durch Ersitzung erwirbt.

An die Vornahme von Besitzhandlungen knüpft sich nicht die rechtliche Vermuthung, daß sie mit dem Willen, das Eigenthum und nicht blos ein Recht an einer fremden Sache auszuüben, geschehen sind. Es ist vielmehr nach den Umständen des einzelnen Falles zu beurtheilen, ob die betreffenden Besitzhandlungen den einen oder den andern Charakter an sich tragen.

Remus und Consorten — Fliescher.

Der Ackerer Peter Fliescher besitzt zu Viersen das Grundstück Flur 16 Nro. 171, und liegen an demselben schmale Streifen Landes, welche seit längeren Jahren vielfach von den Einwohnern Viersens, namentlich auch von dem Ackerer Peter Remus und 5 andern Nachbaren des Fliescher zum Gehen und Fahren mit Schiebkarren benutzt worden sind. Fliescher, welcher Eigenthümer auch dieser Streifen zu sein behauptet, wollte, nachdem er zuvor noch die Erklärung der Ortsbehörde zu Viersen darüber sich verschafft hatte, daß dieselben als öffentlicher Weg nicht in Anspruch genommen würden, die Benutzung derselben zum Wege nicht länger dulden und schritt, als sich Remus und Genossen der Vernichtung des Weges mit Gewalt widersetzten, zur Klage gegen dieselben, indem

Digitized by Google

er dahin antrug, für Recht zu erkennen, daß der Kläger Eigenthümer der zu Viersen in der Section Heimer gelegenen, im Kataster in der Flur 16 Nro. 171 mit einer Größe von 5 Morgen 171 Ruthen eingetragenen Ackerparzelle sei, daß den Beklagten keinerlei Rechte an diesem Grundstücke zustehen und dieselben daher nicht berechtigt seien, über das Grundstück zu gehen, zu fahren oder dasselbe überhaupt zu betreten, demnach den Beklagten jedes Betreten desselben zu untersagen und sie solidarisch zum Schadenersatze zu verurtheilen. Subsidiarisch erbot der Kläger den Beweis seines Eigenthums.

Die Verklagten beantragten Abweisung der Klage, indem sie bestritten, daß das von dem Kläger als Theil seiner Ackerparzelle in Anspruch genommene Terrain jemals dessen Eigenthum gewesen sei, vielmehr behaupteten, dasselbe sei seit unvordenklicher Zeit ein öffentlicher, von Jedermann benutzter Weg.

Das Königl. Landgericht zu Düsseldorf erkannte am 11. Juni 1870, abgesehen von dem Entschädigungs-Anspruche, der Klage gemäß.

Gegen dieses Erkenntniß ergriffen die Verklagten die Berufung und erlangten am 24. Juni 1871 ein interlokutorisches Urtheil des Rheinischen Appell.-Ger.-Hofes, wodurch Kläger zum Beweise darüber, daß er seit länger als 30 Jahren vor der Klage das fragliche Grundstück ausschließlich und öffentlich benutzt, beackert und besessen habe, und die Verklagten zum Beweise darüber zugelassen wurden, daß die fraglichen Terrain-Streifen seit mehr als 30 Jahren einen Theil eines größeren Wegesystems gebildet und von Jedermann ungestört zum Gehen und Fahren mit Schiebkarren benutzt worden, und sich daran auch Ausgänge von anstoßenden Grundstücken befunden hätten.

Nachdem die Beweisverhandlungen stattgefunden, erließ der Appell.-Ger.-Hof am 6. Juli 1872 ein die Berufung verwerfendes Erkenntniß, worin ausgeführt ist:

Daß durch die Aussagen der vernommenen Zeugen allerdings erwiesen sei, daß die streitigen Fußwege seit Menschengedenken von Jedermann zum Gehen und Fahren mit Schiebkarren benutzt worden seien;

Daß aber für die Feststellung der Eigenschaft dieser Pfade als öffentlicher nicht auf bloßer Duldung oder Usurpation beruhender Wege die Beweisverhandlungen ausreichende Anhaltspunkte nicht ergeben hätten; daß insbesondere Besitz- oder Eigenthums-Handlungen seitens der Gemeinde durch Unterhaltung und Instandsetzung dieser Wege oder durch sonstige Verfügungen nicht erwiesen worden; daß dagegen positive Eigenthumshandlungen des Appellaten und seiner Vorbesitzer aus älterer und neuerer Zeit dargethan seien, insbesondere Instandsetzung der Pfade, Aufschüttungen von Sand, Abhacken des Rasens und haufenweises Hinlegen desselben auf die Wege; daß Kläger die Grundsteuer von dem fraglichen Terrain bezahlt habe u. s. w.; daß, was die rechtliche Beurtheilung dieser Ergebnisse der Beweisverhandlungen betreffe, der Rechtssatz des Art. 691 des B. G.-B. für das gesammte Verhältniß des Grundeigenthums sowohl zu den öffentlichen als privaten Wegeberechtigungen als oberste Norm maßgebend erscheine;

Digitized by Google

Daß nach Anleitung dieses Rechtssatzes aber die bloße Thatsache des Gehens und Fahrens — im vorliegenden Falle also das Begehen der hier in Rede stehenden Pfade und Befahren derselben mit Schiebkarren durch Angehörige der Gemeinde Biersen — für sich betrachtet, nicht als Ausfluß eines Eigenthums- oder Servitutsrechts, sondern nur als auf bloßer langjähriger Duldung oder Usurpation beruhend, aufzufassen sei, die angeführte Art der Benutzung der Wege somit nur den präsumtiven Character eines bloßen Precariums an sich trage; daß hiernach beim Scheitern des den Appellanten nachgelassenen Gegenbeweises der Oeffentlichkeit der streitigen Pfade, der dem Appellaten aufgegebene Beweis des Eigenthums an der Bodenfläche der sein Eigenthum durchschneidenden oder entlang demselben sich hinziehenden Wegestrecken als geführt erscheine und die Berufung der Appellanten somit als unbegründet zu verwerfen sei.

Gegen dieses Urtheil haben die Beklagten rechtzeitig und rechtsförmlich den Cassationsrekurs ergriffen, als einziges Cassationsmittel Verletzung der Art. 691, 2228, 2229, 2230, 2233, 2234, 2244, 2264 des B. G.-B. behauptet und zur Begründung vorgetragen:

Nach den von dem Appellationsrichter mitgetheilten Beweisresultaten stehe es einerseits fest, daß die streitigen Fußwege seit Menschengedenken von Jedermann zum Gehen und Fahren benutzt worden seien, andererseits aber auch, daß die Wege einer gewissen Veränderung unterworfen gewesen, und der Kläger und seine Vorbesitzer gewisse Eigenthumshandlungen an denselben vorgenommen haben; es stehe jedoch nicht fest, daß die Gemeindebehörde von Biersen selbst Verfügungen bezüglich der streitigen Wegestrecken getroffen habe.

Die rechtliche Beurtheilung dieser Thatsachen führe aber zu einem andern Resultate als dem von dem Appellationsrichter angenommenen; denn die bloße Thatsache des Gehens und Fahrens sei genügend, den Eigenthumserwerb des Klägers durch 30 jährige Ersitzung zu entkräften; wer sich auf einen solchen Erwerb berufe, habe die ausschließliche, freie und ungestörte Eigenthums-Ausübung während eines 30 jährigen Zeitraums darzuthun (argumento Art. 2228 bis 2230, 2262 des B. G.-B.). Die Concurrenz Dritter bei Benutzung des streitigen Objects und zwar gerade durch Geltendmachung der Hauptbenutzung (Gehen und Fahren) hindere die ausschließliche Disposition und damit den Verjährungserwerb. Dafür, daß diese Benutzung den Character des Precariums habe, spreche keine Vermuthung, vielmehr nach Art. 2230 die Vermuthung gegen das Precarium; das Gehen und Fahren mit der Schiebkarre sei daher präsumtiv im Bewußtsein des Rechts erfolgt, als Angehöriger der Gemeinde Biersen zur Benutzung der streitigen Wege befugt zu sein.

Die Ansicht des Appellationsrichters, als ob Art. 691 des B. G.-B. für das gesammte Verhältniß des Grundeigenthums zu den Wegeberechtigungen als oberste Norm maßgebend erscheine, sei verfehlt. Denn einmal beziehe derselbe sich gar nicht auf öffentliche Wegeberechtigungen welche vielmehr durch die ohne Widerspruch der öffentlichen Autorität seit Menschengedenken erfolgte Benutzung erworben werden könnten, und zweitens nur auf solche Wegeberechtigungen, welche als Servituten bestehen sollen. In Fällen dagegen, wo Jemand einen bestimmten Streifen

Digitized by Google

Land, welcher der Wegebenutzung gewidmet sei, dem Eigenthum nach besitze, könne Art. 691 des B. G.-B. nicht Platz greifen, weil der Besitz ohne Titel hinreichend sei, Eigenthum zu erwerben. Der Appellationsrichter stelle nun keineswegs fest, daß hier ein Fall vorliege, wo ein Weg jure servitutis über ein fremdes Grundstück gelegt werden solle. Sein Interlokut beruhe gerade auf der Anschauung, daß der Kläger sein Eigenthum an dem Wegestreifen noch nicht erwiesen habe, und auch bei den über die Anwendbarkeit des Art. 691 gegebenen Erwägungen werde ein Eigenthum des Klägers an den verschiedenen Wegekörpern nicht vorausgesetzt, sondern lediglich die Thatsache zum Grunde gelegt, daß der Kläger und seine Vorbesitzer positive Eigenthums-Handlungen aus älterer und neuerer Zeit dargethan hätten, ohne sich bestimmt darüber auszusprechen, daß Kläger Eigenthümer sei. Es sei aber unbedingt falsch, wenn er um deswillen den dem Kläger auferlegten Beweis des Eigenthums an den Wegestrecken für geführt erachte, weil die Beklagten den ihnen nachgelassenen Beweis der Oeffentlichkeit nicht erbracht hätten.

Außerdem stelle der Appellationsrichter nicht fest, daß die Eigenthums-Handlungen des Klägers 30 Jahre lang fortgesetzt seien.

Endlich könne nicht unberücksichtigt bleiben, daß es immer nur Nebennutzungen seien, die der Kläger und seine Vorbesitzer an den Wegestreifen ausgeübt haben, während die Hauptnutzung mittels Gehens und Fahrens durch die Bewohner von Viersen Statt gefunden habe. Letztere haben durch ihre langjährige Eigenthums-Handlungen der Gemeinde Viersen das Eigenthum an den einzelnen Wegestreifen erworben.

Der Antrag geht dahin:

> Das angegriffene Urtheil zu cassiren, die Rückgabe der Succumbenzgelder zu verordnen und dem Cassations-Verklagten die Kosten zur Last zu legen, sodann zur Sache selbst, unter Reformation des landgerichtlichen Urtheils die Klage unter Verurtheilung des Klägers in die Kosten beider Instanzen abzuweisen.

Der Cassationsverklagte beantragt:

> Den Cassationsrecurs als unbegründet zu verwerfen und den Cassationsklägern die Kosten des Verfahrens zur Last zu legen,

und bemerkt zur Begründung:

Der Appellationsrichter gelange in dem Endurtheile zu dem Resultat, daß der dem Kläger aufgegebene Beweis des Eigenthums an der Bodenfläche der fraglichen Wegestrecken als geführt, der den Beklagten nachgelassene Gegenbeweis aber als nicht geführt anzusehen sei. Dieser Ausspruch beruhe wesentlich nur auf der Würdigung des Beweisergebnisses, und es erscheine von vorneherein nicht wohl möglich, daß der Appellhof bei dieser Würdigung mit einer gesetzlichen Vorschrift in Widerspruch gerathen sein könnte.

Die Behauptung der Beklagten, die bloße Thatsache des Gehens und Fahrens, hier ausgeübt durch Angehörige der Gemeinde Viersen, sei schon genügend den Eigenthumserwerb des Klägers durch 30jährige

Digitized by Google

Ersitzung zu entkräften, lasse sich als Rechtssatz nicht aufstellen. Es komme darauf an, auf welchen thatsächlichen Grund die beiderseitigen Besitzhandlungen zurückzuführen seien. Der Sachbesitzer, dessen Besitz zur Usukapion führen solle, brauche nicht in der Weise ausschließlich zu besitzen, daß jeder Dritte überhaupt von der Benutzung ausgeschlossen worden sei; seine Besitz-Handlungen müßten nur von der Beschaffenheit sein, daß sie die Absicht erkennbar machten, die Sache als Eigenthümer zu besitzen. Habe daneben ein Dritter eine gewisse Benutzung vorgenommen, die sich als bloße juris quasi possessio characterisire, so schließe diese den Eigenthumsbesitz des Sachbesitzers nicht aus. Es bleibe in solchem Falle eine thatsächliche Frage, ob die Handlungen einander ausschlössen, weil sie beiderseits animo domini erfolgt seien, oder ob dieselben nebeneinander bestehen könnten, weil der Eine animo domini gehandelt habe, der Andere aber nur ein Recht auf eine fremde Sache habe ausüben wollen. Im vorliegenden Falle erwäge der Appellhof daß die Gemeinde Biersen sich gar nicht um die Wege bekümmert habe.

Es sei daher wohl nicht möglich, daß die juristische Person der Gemeinde, ihrerseits die Wege dadurch usukapirt habe, daß Jedermann, darunter auch die Angehörigen der Gemeinde, die Wege zum Gehen und Fahren benutzten. Weiter nahm der Appellhof an, daß der Kläger und seine Vorbesitzer unzweideutig sich als Eigenthümer der Wege gerirt hätten, das Benutzen der Wege durch die Angehörigen von Biersen dagegen als Acte der Usurpation oder der Toleranz klägerischer Seits aufzufassen sei. Die Beklagten glaubten hierin eine rechtlich falsche Qualification ihrer Besitz-Handlungen zu finden, während es sich in Wirklichkeit doch nur um die thatsächliche Qualificirung derselben habe handeln können.

Die Bemängelung, daß der Appellhof den Besitz des Klägers und seiner Vorbesitzer nicht für einen Zeitraum von 30 Jahren festgestellt habe, sei unbegründet, da in dem Endurtheile ausgesprochen sei, daß der dem Kläger „aufgegebene" Beweis des Eigenthums an der Bodenfläche der fraglichen Wege geführt, der Beweis aber unter Andern auch darüber aufgegeben gewesen sei, daß der Besitz 30 Jahre gewährt habe. Diesen, also den 30 jährigen Besitz, erkläre der Appellhof für geführt.

Urtheil:

J. E., daß allerdings das Obsiegen des Klägers davon abhing, daß nicht nur der den Beklagten nachgelassene Gegenbeweis nicht erbracht wurde, sondern daß auch der Kläger seinerseits den ihm aufgegebenen Beweis des Eigenthumserwerbes durch 30 jährige Ersitzung erbrachte, was wiederum nach Art. 2228 und 2229 des B. G.-B. den Beweis des fortwährenden, ruhigen und unzweideutigen Besitzes unter dem Titel eines Eigenthümers voraussetzte;

Daß jedoch der Appellhof diese Rechtsgrundsätze nicht verletzt hat;

Daß nämlich der den Character der Ausschließlichkeit an sich tragenden Eigenthums-Ausübung die auf Benutzung des streitigen Gegenstandes abzielenden Handlungen Dritter nur dann hindernd entgegenstehen, wenn bei denselben die Absicht gleichfalls auf Ausübung des Eigenthums, nicht aber, wenn sie nur auf Ausübung eines Rechts an einer fremden Sache gerichtet ist;

Digitized by Google

Daß demnach namentlich auch das Gehen oder Fahren auf einem Grundstück von Seiten Dritter nur dann den Eigenthumserwerb durch Ersitzung hindert, wenn die Dritten mit dem Willen, als Eigenthümer zu besitzen, jene Benutzung vornahmen, nicht aber, wenn sie nur die Absicht hatten, eine Wegegerechtigkeit auszuüben, in welchem letzteren Falle nach dem Grundsatze des Art. 691 des B. G.-B., daß nicht ununterbrochen fortdauernde Servituten, zu denen auch die Wegegerechtigkeiten gehören, durch Ersitzung nicht erworben werden können, die betreffenden Benutzungs-Handlungen lediglich den Character einer Usurpation oder eines Precariums von Seiten des Eigenthümers des Grundstücks an sich tragen würden;

Daß es hierbei auch gleichgültig erscheint, ob die Benutzungs-Handlungen Namens einer Gemeinde oder einer Privatperson vorgenommen werden, da der Art. 691 seiner allgemeinen Fassung nach sich auch auf die Ersitzung von Wegeberechtigungen Seitens einer Gemeinde bezieht und die entgegenstehende Ansicht, nach welcher öffentliche Wege auch durch Ersitzung sollen erworben werden können, auf einer Verwechslung mit Fällen beruht, in welchen es sich um Ersitzung des Eigenthums an dem Wegekörper durch die Gemeinde handelt;

Daß nun aber eine rechtliche Vermuthung dafür, daß derartige Benutzungs-Handlungen mit dem Willen, das Eigenthum und nicht blos ein Recht an einer fremden Sache auszuüben, vorgenommen worden sind, in den Gesetzen nicht begründet ist, daß insbesondere der Art. 2230 nicht dafür spricht, weil derselbe nicht den Gegensatz zwischen Eigenthum und Recht an einer fremden Sache, sondern zwischen dem Besitz in eigenem Namen und demjenigen für einen Andern vor Augen hat und zu Gunsten des ersteren Besitzers eine Rechtsvermuthung aufstellt;

Daß vielmehr nach den Umständen des einzelnen Falles zu beurtheilen ist, ob die betreffenden Benutzungs-Handlungen den einen oder den andern Character an sich tragen, und mithin in der im vorliegenden Falle diesen Handlungen von Seiten des Appellhofes zu Theil gewordenen Würdigung und der sich daran anschließenden Erwägung, daß die bloße Thatsache des Gehens und Fahrens durch Angehörige der Gemeinde Viersen, für sich betrachtet, nicht als Ausfluß eines Eigenthums oder Servitutrechts, sondern nur, als auf bloßer langjähriger Duldung oder Usurpation beruhend aufzufassen sei, die angeführte Art der Benutzung der Wege somit nur den präsumtiven Character eines bloßen Precariums an sich trage, ein Rechtsirrthum nicht erblickt werden kann;

Daß ferner der Vorwurf der Cassationskläger, der Appellationsrichter setze bei den über die Anwendbarkeit des Art. 691 gegebenen Erwägungsgründen ein Eigenthum des Klägers an der Bodenfläche der streitigen Wegestrecken keineswegs voraus, sondern lege lediglich die Thatsache zum Grunde, daß der Kläger positive Eigenthums-Handlungen aus älterer und neuerer Zeit dargethan hätte, ohne sich bestimmt darüber auszusprechen daß derselbe Eigenthümer des Wegekörpers sei, unbegründet ist, indem am Schlusse der Erwägungsgründe ausdrücklich gesagt wird, daß beim Scheitern des den Appellanten nachgelassenen Gegenbeweises der Oeffentlichkeit der streitigen Pfade der dem Appellaten aufgegebene Beweis des Eigenthums an der Bodenfläche der sein Eigenthum durchschneidenden oder entlang demselben sich hinziehenden Wegestrecken, als geführt erscheint;

Digitized by Google

Daß auch die letztere Erwägung nicht dahin zu verstehen ist, daß wegen des Scheiterns des Gegenbeweises der Appellanten es auf die Führung des Hauptbeweises von Seiten des Appellaten nicht mehr ankomme, sondern dahin, daß, weil der auf Grund der vorausgegangenen Erwägungen an sich erbrachte Hauptbeweis durch den Gegenbeweis der Appellanten nicht widerlegt sei, der dem Appellaten aufgegebene Beweis als geführt angesehen werden müsse;

Daß ebenso die Rüge, der Appellhof stelle die rechtlichen Voraussetzungen der 30 jährigen Eigenthums-Ersitzung nicht fest, namentlich nicht den Umstand, daß die Eigenthums-Handlungen 30 Jahre fortgesetzt worden seien, daran scheitert, daß in dem letzten Erwägungsgrunde des Endurtheils ausgesprochen ist, der dem Kläger aufgegebene Beweis des Eigenthums sei geführt, in dem Beweisinterlokute aber vor Allem der Beweis aufgegeben gewesen war, daß der Kläger seit länger als 30 Jahren vor der Klage das fragliche Grundstück ausschließlich und öffentlich benutzt, beackert und besessen habe, so daß es keinem Zweifel unterliegt, daß nach der Absicht des Appellhofes der in seinem Endurtheil für geführt erklärte Beweis auch den Zeitablauf umfassen sollte;

Daß, da der Art. 2234 des B. G.-B. bestimmt, daß dem gegenwärtigen Besitzer, welcher beweist, daß er vor Alters besessen habe, die Vermuthung zur Seite steht, daß er in der Zwischenzeit besessen habe, eine Feststellung von in der Zwischenzeit vorgenommenen Besitzhandlungen nicht erforderlich war, vielmehr die Feststellung des Appellhofes, daß positive Eigenthums-Handlungen aus älterer und neuerer Zeit dargethan seien, unter der dem Obigen nach anzunehmenden Voraussetzung eines 30 jährigen Zwischenraums genügte;

Daß aber endlich die Frage, ob die einzelnen von dem Kläger an den fraglichen Wegestreifen vorgenommenen Handlungen nur Nebenbenutzungen im Verhältniß zu den Handlungen der Beklagten gewesen und deßhalb als Eigenthums-Handlungen nicht anzusehen seien, lediglich der thatsächlichen Würdigung anheimfällt, und mithin zum Gegenstande des Cassationsrecurses nicht gemacht werden kann;

Daß hiernach die von den Cassationsklägern gerügte Verletzung der Art. 691, 2228 bis 2230, 2234, 2262 des B. G.-B. sich als unbegründet darstellt nicht minder aber auch die angebliche Verletzung der Art. 2233 und 2244;

Aus diesen Gründen

verwirft das Königliche Ober-Tribunal, V. Civil-Senat (Rheinischer Senat) den Cassationsrecurs der Beklagten wider das Urtheil des Königl. Rhein. Appell.-Ger.-Hofes vom 6. Juli 1872 unter Verurtheilung derselben in Strafe und Kosten.

Sitzung vom 10. Juni 1873.

Ref.: H. Geh. Ob.-Tr.-Rath Struckmann.

Concl.: H. Geh. Ob.-St.-Anwalt Oppenhoff.

Advokaten: Mecke — Dorn.

Digitized by Google

Assisen. — Erklärung der Geschwornen. — Erledigung der Thatfrage. — Unzulässigkeit weiterer Fragestellung. — Zuziehung des Angeklagten zu den Verhandlungen.

Ist Seitens der Geschwornen eine regelrechte, die Anklage erschöpfende Antwort erfolgt und dieselbe durch Verlesung Seitens des Ersten der Geschwornen prozessualisch constatirt, so hat damit die Thatfrage ihre definitive Erledigung gefunden, und kann daher nachdem eine weitere Fragestellung an die Geschwornen, die auf eine Aenderung oder Ergänzung der bei der Anwendung des Strafgesetzes zu berücksichtigenden, von den Geschwornen endgültig festgestellten thatsächlichen Umstände gerichtet wäre, nicht zugelassen werden.

Es gilt dies namentlich von der Stellung der Frage nach mildernden Umständen, und insbesondere auch in dem Falle, wo zwar die Berücksichtigung mildernder Umstände bei dem den Gegenstand der Anklage bildenden Verbrechen gesetzlich ausgeschlossen ist, bei dem Wegfall eines zum Thatbestande dieses Verbrechens erforderlichen Umstandes aber die dem Angeklagten zur Last gelegte Handlung den Character einer Strafthat annehmen würde, bei welcher die Frage nach Milderungsgründen statthaft ist.

Da der Angeklagte nach Stellung der Frage an die Geschwornen aus dem Sitzungssaale abgeführt und erst alsdann in denselben zurückgeführt werden soll, wenn die Prozedur bis zur Verlesung des Ausspruchs der Geschwornen durch den Sekretair vorgeschritten ist (Art. 341 und 397 der Cr.-Pr.-O.), so ist auch über die in diesem Stadium des Verfahrens hervortretenden, die Antwort der Geschwornen und die Feststellung der Thatfrage durch dieselben betreffenden Fragen ohne Zuziehung des Angeklagten zu verhandeln und zu entscheiden.

Schiffer — Oeffentl. Ministerium.

Anna Maria Schiffer, 24 Jahre alt, Dienstmagd, geboren zu Kerpen, wohnhaft zuletzt zu Sülz, hat gegen das Urtheil des Königl. Assisenhofes zu Köln vom 11. Juni 1873, wodurch sie auf Grund des §. 212 des Str.-G.-B. wegen vorsätzlicher Tödtung ihres 5 Tage alten Kindes zu einer Zuchthausstrafe von 5 Jahren verurtheilt worden, das Rechtsmittel des Cassationsrecurses eingelegt und zwei verschiedene Cassationsmittel geltend gemacht.

Digitized by Google

1. Behauptet sie Verletzung der §§. 211, 212, 213 des Str.-G.-B. und des Art. 24 des Einführungs-Gesetzes vom 14. April 1851. Diesem Angriffe liegt folgendes Sachverhältniß zum Grunde:

Nach dem Audienzprotokolle richtete der Assisen-Präsident nach Schluß der Verhandlung und Beendigung seines Resüme's an die Geschwornen die dem Anklageakte entsprechende Frage:

> Ist die gegenwärtige Angeklagte Anna Maria Schiffer schuldig, am 16. Februar 1873 in der Nähe von Lind vorsätzlich und mit Ueberlegung ihr 5 Tage altes Kind Peter Schiffer getödtet zu haben?

Anträge bezüglich etwaiger weiterer Fragestellung sind zufolge des Protokolles hierbei von keiner Seite gestellt worden. Die Geschwornen kehrten in den Sitzungssaal, aus welchem nach ihrem Abtreten die Angeklagte abgeführt war, zunächst mit einer Antwort zurück, welche der Königl. Assisenhof für nicht ausreichend und nicht genügend erschöpfend erachtete. Sie wurden deßhalb in ihr Berathungszimmer zurückgesandt und ertheilten nunmehr auf die ihnen wiederholt gestellte Frage die Antwort:

Mit sieben gegen fünf Stimmen:

> Ja die Angeklagte ist schuldig nach dem ganzen Inhalt der Frage, jedoch ist es nicht erwiesen, daß dieselbe mit Ueberlegung gehandelt habe.

Die Antwort wurde von dem Vorsteher der Geschwornen verlesen, unterschrieben, dem Präsidenten überreicht und von diesem und dem fungirenden Sekretair unterschrieben, und erließ sodann der Königl. Assisenhof seine Entscheidung, durch welche er die Anna Maria Schiffer für schuldig erklärte: am 16. Februar 1873 in der Nähe von Lind ihr 5 Tage altes Kind Peter Schiffer vorsätzlich, jedoch nicht mit Ueberlegung getödtet zu haben.

Nach Verkündigung und Unterzeichnung dieser Entscheidung beantragte der Vertheidiger, nunmehr mit Rücksicht auf die Erklärung der Geschwornen und die Entscheidung des Assisenhofes den Geschwornen noch die Frage zu stellen: ob der Angeklagten mildernde Umstände zur Seite stehen? Der Vertreter der Staatsanwaltschaft erachtete die Stellung der Frage in diesem Stadium der Prozedur für unzulässig, und auch der Assisenhof erklärte dieselbe für unzulässig, indem er erwog:

> Daß die Frage nach mildernden Umständen erst gestellt worden ist, nachdem die Entscheidung des Königl. Assisenhofes auf das mit 7 gegen 5 Stimmen abgegebene Verdikt der Geschwornen publizirt worden war;
>
> Daß durch die Verkündigung dieser Entscheidung die Anklage ihre regelrechte und erschöpfende Erledigung gefunden hat und zum Abschluß gelangt war, mithin von diesem Zeitpunkte an die Stellung der Frage nach mildernden Umständen, wenngleich sie vor diesem Abschlusse, als eventuelle Frage gestellt, zulässig sein mochte, gegenwärtig unstatthaft erscheint.

Digitized by Google

Die Fragestellung unterblieb also, und wurde, nachdem die Angeklagte wieder in den Sitzungssaal geführt worden, die Erklärung der Geschwornen und die Entscheidung des Assisenhofes über die Thatfrage vom Sekretair verlesen und auf Grund derselben nach genommenem Strafantrage der Staatsanwaltschaft sowie nach fernerer Anhörung der Angeklagten und ihres Vertheidigers das bereits mitgetheilte Strafurtheil erlassen.

In dem Cassationsgesuche wird behauptet, daß die Vertheidigung bereits in ihrem ersten Vortrage beantragt habe, daß die Geschwornen mildernde Umstände zu Gunsten der Angeklagten annehmen möchten, obgleich die Frage nach mildernden Umständen, weil die Anklage auf das Verbrechen des Mordes — §. 211 des Str.-G.-B. — gerichtet war, ausgeschlossen war. Wenn ein förmlicher Antrag auf Stellung der Frage an den Präsidenten nicht gerichtet worden, so sei solches in der Unterstellung unterlassen worden, daß die Stellung der Frage erfolgen werde, falls der Präsident resp. der Assisenhof die Frage überhaupt für von vorneherein zulässig erachte, und weil im Falle dieser Zulässigkeit der Präsident dazu nach Art. 24 des Einführungsgesetzes um so mehr verpflichtet gewesen sei, als das Gesetz eine sakramentelle Form für die Stellung eines Antrags der Vertheidigung nicht vorschreibe. Nachdem der Assisenhof aber dem mit einfacher Stimmenmehrheit von den Geschwornen abgegebenen Ausspruche beigetreten war, sei die Sachlage eine veränderte gewesen, indem nunmehr festgestellt war, daß nicht das Verbrechen des Mordes, sondern ein Verbrechen gegen den §. 212 des Str.-G.-B. vorlag, rücksichtlich dessen nunmehr nach §. 213 die Frage nach mildernden Umständen zulässig war. Die Frage nach mildernden Umständen sei daher nunmehr und mit Recht beantragt worden, da beim Mangel jeder Beschränkung hinsichtlich der Zeit ein solcher Antrag jederzeit bis zum definitiven Schlusse der Verhandlungen, jedenfalls bis zur Verlesung des Ausspruchs der Geschwornen in Gegenwart der Angeklagten gestellt werden könne, wie solches argumento e contrario aus dem Art. 383 der Cr.-Pr.-O. herzuleiten versucht wird.

Die Cassationsschrift sucht sodann thatsächlich näher zu begründen, daß die Frage, wenn gestellt, ohne Zweifel von den Geschwornen bejaht worden sein würde.

2. Das zweite Cassationsmittel behauptet Verletzung der Art. 310, 319, 334, 357 und 363 resp. des Art. 327 der Cr.-Pr.-O. dadurch, daß unter Verletzung des Prinzips der Mündlichkeit die Debatte über die Zulässigkeit der Fragestellung ebenso wie die Entscheidung des Assisenhofes darüber in Abwesenheit der Angeklagten stattgefunden haben. Schon aus den Worten des Art. 327 der Cr.-Pr.-O. ergebe es sich, daß außer dem daselbst erwähnten speziellen Falle keine Verhandlung in Abwesenheit des Angeklagten stattfinden dürfe. Noch weniger könne in seiner Abwesenheit und ohne daß er gehört worden, eine Entscheidung getroffen werden. Im vorliegenden Falle sei es sogar unterlassen worden, der Angeklagten nach ihrem Wiedereintritt in den Sitzungssaal von dem in ihrer Abwesenheit Verhandelten und Beschlossenen Kenntniß zu geben.

Schließlich ist über die in der Cassationsschrift aufgestellten thatsächlichen Behauptungen, sofern sie sich nicht schon aus den Akten

Digitized by Google

als richtig ergeben möchten, Beweis durch Zeugen und Schriften erboten worden.

Urtheil:

J. E. zum ersten Cassationsmittel:

Daß nach den Grundsätzen der Rhein. Cr.-Pr.-O. durch den Ausspruch der Geschwornen endgültig über alle die Anwendung des Strafgesetzes bedingenden und bei demselben in Betracht kommenden Thatsachen entschieden wird;

Daß folgeweise, nachdem eine regelrechte die Anklage erschöpfende Antwort der Geschwornen durch ihre Verlesung in öffentlicher Sitzung Seitens des Ersten der Geschwornen prozessualisch constatirt worden, die Thatfrage durch diese Antwort nach allen Richtungen hin für erledigt und unabänderlich festgestellt zu erachten ist, und deßhalb eine weitere Fragestellung an die Geschwornen nicht ferner zugelassen werden kann, die auf irgend welche Aenderung oder Ergänzung der bei der Anwendung des Strafgesetzes zu berücksichtigenden, von den Geschwornen endgültig festgestellten thatsächlichen Umstände gerichtet wäre;

Daß daher Anträge, welche die Constatirung irgend eines derartigen Umstandes insbesondere also auch des Vorhandenseins mildernder Umstände bezwecken, unbedingt vor der gedachten Verkündigung eines die Anklage erschöpfenden Ausspruchs der Geschwornen gestellt werden müssen, deren Functionen durch die Verkündigung des Ausspruchs erschöpft sind;

Daß dies auch in dem Falle gelten muß, wo zwar die Berücksichtigung mildernder Umstände bei dem den Gegenstand der Anklage bildenden Verbrechen gesetzlich ausgeschlossen ist; bei dem Wegfalle eines zum Thatbestande dieses Verbrechens erforderlichen Umstandes aber die dem Angeklagten zur Last gelegte Handlung den Character einer Strafthat annehmen würde, bei welcher die Frage nach Milderungsgründen gestellt werden kann; daß es hierbei auch keinen Unterschied macht, ob die Thatfrage unter einem solchen eventuellen Gesichtspunkte in der Form einer Subsidiarfrage zur Entscheidung der Geschwornen gebracht wird, oder ob ein solcher Thatbestand bereits bei Beantwortung der Hauptfrage durch deren Bejahung unter Ausschluß des das schwerere Verbrechen characterisirenden Umstandes festgestellt werden würde;

Daß daher im vorliegenden Falle, wenn auch rücksichtlich des Verbrechens des Mordes im Sinne des §. 211 des Str.-G.-B. die Frage nach mildernden Umständen nicht zulässig war, eine eventuelle Frage nach solchen Umständen doch für den Fall gestellt werden konnte, und deßhalb rechtzeitig gestellt werden mußte, daß die That sich nach der Auffassung der Geschwornen wegen des Nichtvorhandenseins des nach der Anklage concurrirenden Umstandes der Ueberlegung als Verbrechen gegen den §. 212 ibid. darstellen, und unter dieser Voraussetzung die Berücksichtigung mildernder Umstände nach § 213 ibid. statthaft erscheinen würde;

Daß die Angeklagte und ihr Vertheidiger Ausweis des hierfür maßgebenden Audienzprotokolls den eine solche eventuelle Frage bezweckenden Antrag, — welcher durch die behaupteten Ausführungen in der an die Geschwornen gerichteten Vertheidigung nicht ersetzt werden konnte, — an

Digitized by Google

den Präsidenten beziehungsweise den Assisenhof nicht gestellt haben, ehe der auf wiederholte Befragung von den Geschwornen ertheilte, den gesetzlichen Erfordernissen entsprechende und die Anklage erschöpfende Wahrspruch von dem Ersten derselben in der öffentlichen Sitzung verlesen wurde;

Daß der erst nach Erlaß der durch jenen Wahrspruch dem Assisenhofe zugefallenen Entscheidung über die Thatfrage eingebrachte Antrag verspätet war und vom Königl. Assisenhofe mit Recht als unstatthaft zurückgewiesen worden ist;

J. E. zum zweiten Cassationsmittel:

Daß nach Art. 341 der Cr.-Pr.-O. der Angeklagte nach Stellung der Frage an die Geschwornen aus dem Sitzungssaale abgeführt und nach Art. 397 ibid. erst alsdann in denselben zurückgeführt werden soll, wenn die Prozedur bis zur Verlesung des Ausspruches der Geschwornen durch den Sekretair vorgeschritten ist;

Daß nach diesen gesetzlichen Bestimmungen in dem Stadium des Verfahrens zwischen der Entfernung und Zurückführung des Angeklagten ohne dessen Anwesenheit verfahren werden muß, insbesondere also auch über die in diesem Stadium hervortretenden, die Antwort der Geschwornen und die Feststellung der Thatfrage durch dieselben betreffenden Fragen ohne dessen Zuziehung zu verhandlen und zu entscheiden ist;

Daß daher in der bei Abwesenheit der Angeklagten, aber unter Zuziehung ihres Vertheidigers stattgehabten Verhandlung und Entscheidung darüber: ob bei der damaligen Lage der Sache den Geschwornen noch eine Frage nach dem Vorhandensein mildernder Umstände gestellt werden könne, eine Verletzung des dem Strafprozesse zum Grunde liegenden Prinzips der Mündlichkeit und Unmittelbarkeit in keiner Weise gefunden werden kann;

Aus diesen Gründen

verwirft das Königl. Ober-Tribunal, II. Abtheilung des Senats für Strafsachen, den von der Angeklagten gegen das Urtheil des Königl. Assisenhofes zu Köln vom 11. Juni 1873 eingelegten Cassationsrekurs und legt derselben die Kosten des Verfahrens zur Last.

Sitzung vom 18. September 1873.

Ref.: H. Geh.-Ob.-Tr.-Rath von Holleben.
Concl.: H. Ob.-St.-Anwalt Oppenhoff.

Zeuge. — Untersuchungsrichter. — Verweigerung des Zeugnisses. — Zwang durch Verhaftung.

Der Untersuchungsrichter hat die Befugniß, einen Zeugen, der zwar erscheint aber ohne gesetzlichen Grund sein Zeugniß

Digitized by Google

verweigert, zur Ablegung desselben durch Verhaftung zu nöthigen. Art. 80 der Cr.-Pr.-O. *)

Sieger – Oeffentl. Ministerium.

Gegen den Redacteur der zu Bonn erscheinenden Deutschen Reichszeitung Peter Emons schwebt in Folge Antrages der Staatsanwaltschaft bei dem Königl. Untersuchungsrichter des Landgerichts zu Bonn eine Untersuchung wegen der Beschuldigung: durch verschiedene, in der gedachten Zeitung enthaltene Artikel den Professor Dr. Reinkens beleidigt und Thatsachen öffentlich behauptet und durch den Druck verbreitet zu haben, welche denselben verächtlich zu machen und in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen geeignet sind, Vergehen gegen §§. 185 und 186 des Str.-G.-B. Außerdem ist an den Untersuchungsrichter der Antrag gerichtet worden, den Verleger der Zeitung Hauptmann in Gemäßheit des §. 35 des Preßgesetzes verantwortlich zu vernehmen.

Der 2c. Emons erklärte bei seiner Constituirung, daß er früher Schuster gewesen und jetzt Redacteur der Deutschen Reichszeitung sei, daß ihm aber die fraglichen Artikel vor deren Abdruck gänzlich unbekannt gewesen seien, seine Thätigkeit als Redacteur sich überhaupt darauf beschränke, daß er das Blatt als Redacteur unterzeichne. Um die Redactionsgeschäfte selbst habe er sich nie bekümmert, sei vielmehr außer dem, daß er das Blatt zu unterzeichnen habe, als Gehülfe des Maschinisten angestellt. Der zweite Beschuldigte Hauptmann benannte zwar als Verfasser und Herausgeber der incriminirten Artikel den verantwortlichen Redacteur Emons, erklärte dann aber: er wisse nicht, ob Emons die Artikel vor dem Drucke lese, und verweigerte eine Antwort auf die weitere Frage: wer außer Emons noch bei der Redaction der Zeitung beschäftigt sei?

Bei dieser Sachlage ging der Untersuchungsrichter behufs Ermittelung der Person, welche die Redactionsgeschäfte der Deutschen Reichszeitung besorge und welche speziell die Aufnahme der 5 incriminirten Artikel angeordnet, resp. dieselben behufs Aufnahme in die Reichszeitung auf den hierzu bestimmten Platz der Faktorei hingelegt habe, zur zeugeneidlichen Vernehmung des Personals der Setzerei und Druckerei über.

Der als Zeuge vorgeladene, erschienene und vereidigte Faktor Franz Sieger verweigerte auf die hiernach an ihn gerichtete Frage jede Antwort, um nicht das Geschäft, bei welchem er thätig sei, zu schädigen. Trotz der Vorhaltung, daß er in Folge dieser Weigerung zunächst in eine Geldbuße genommen werde und daß, wenn er auf eine erneuerte Vorladung bei seiner Weigerung beharren sollte, die Körperhaft gegen ihn verhängt werden würde, verblieb er bei der Weigerung. Er wurde deßhalb nach Anhörung der Staatsanwaltschaft vom Untersuchungsrichter in eine Geldbuße von 10 Thlr., im Nichtzahlungsfalle zu einer Gefängnißstrafe von 2 Tagen verurtheilt, zugleich seine abermalige Vorladung unter der nochmaligen Verwarnung verordnet, daß er bei fortgesetzter Weigerung, sein Zeugniß abzugeben, mittelst Personal-Arrest dazu an-

*) Vergl. Archiv B. 58 I., S. 150.

Digitized by Google

gehalten werden würde. Unter diesem Präjudize wieder vorgeladen und bei seinem Erscheinen am 9. Juli d. J. wiederholt beeidigt, verweigerte er auch jetzt auf die entsprechenden Fragen des Untersuchungsrichters jede Antwort. Der Untersuchungsrichter erließ nunmehr sofort auf den schriftlichen Antrag der Staatsanwaltschaft eine Ordonnanz, wodurch er auf Grund des Art. 80 der Cr.-Pr.-O. befahl, daß der Zeuge Franz Sieger, um ihn zur Ablegung seines Zeugnisses in der Untersuchungssache wider Peter Emons und Genossen anzuhalten, festgenommen, in das Justizarresthaus abgeführt und dort bis auf weitern Befehl verwahrt werde. Am folgenden Tage wurde für Sieger Opposition resp. Appellation zum Appellationsgerichts-Hofe ergriffen und in einer demselben eingereichten Denkschrift sowohl die Gesetzlichkeit einer solchen Maßregel überhaupt unter Bezugnahme auf verschiedene in einer früheren Sache extrahirte, jetzt in Abdruck wieder vorgelegte Rechtsgutachten bestritten, als insbesondere behauptet, daß der Untersuchungsrichter jedenfalls von der ihm zustehenden Facultät den richtigen Gebrauch nicht gemacht habe. Als Grund seiner Weigerung wurde von Sieger noch angeführt, daß er sich selbst zu schädigen fürchte, da ihm der Verleger für den Fall, daß das Geschäft gut gehe, einen Antheil am Gewinn versprochen habe.

Der Anklage-Senat hat durch Urtheil vom 21. Juli d. J. das eingelegte Rechtsmittel verworfen.

Die Gründe lauten:

J. E., daß die Befugniß des Sieger, gegen die von dem Königl. Untersuchungsrichter wider ihn als Zeugen wegen verweigerter Abgabe seines Zeugnisses angeordnete Verhaftung die höhere Entscheidung des Königl. Appell.-Ger.-Hofes anzurufen, aus den Bestimmungen des Art. 89 der Str.-Pr.-O. sich ergibt und somit die Zulässigkeit der Berufung nicht bezweifelt werden kann;

Daß die Berechtigung des Untersuchungsrichters, Zeugen bei fortgesetzter Weigerung, wenn die Verhängung einer Geldbuße sich als ungenügend ergebe, durch Körperhaft zum Zeugnisse zu zwingen, nicht nur in der allgemeinen, jede staatliche Ordnung bedingenden bürgerlichen Verpflichtung zum Zeugnisse ihre Begründung findet, sondern auch in den Art. 80 der Str.-Pr.-O. und 71 Nro. 5 des Kostentarifs vom 18. Juni 1811 ihren unzweideutigen Ausdruck gefunden hat, und daher nur zu prüfen ist, inwiefern der Instructionsrichter bei Erlaß der angegriffenen Verfügung nach Lage des untergebenen Falles von der ihm zustehenden gesetzlichen Befugniß keinen ungebührlichen, der Absicht des Gesetzes widersprechenden, Gebrauch gemacht habe;

Daß die Untersuchung gegen Emons als verantwortlichen Redacteur und gegen Hauptmann als Drucker und Verleger der Deutschen Reichszeitung wegen Verleumdung des Professor Dr. Reinkens auf Grund des §. 186 des Str.-G.-B., somit wegen eines im Gesetze mit Gefängniß bis zu 2 Jahren bedrohten Vergehens erhoben ist, dessen objectiver Thatbestand in dem Inhalte der vorgelegten Exemplare der Deutschen Reichszeitung gefunden werden kann;

Daß die Angabe der Beschuldigten, von der Strafbarkeit der gedachten Artikel vor deren Druck und Ausgabe keine Kenntniß gehabt zu

Digitized by Google

haben, diese Beschuldigung nicht erledigt, und selbst das freiwillige Erbieten, die im §. 35 und §. 37 des Preßgesetzes vom 12. Mai 1851 dem Redacteur, dem Drucker und Verleger angedrohte Geldbuße zu übernehmen, zu beseitigen nicht geeignet wäre, da das Preßgesetz, indem es den Redacteur und den Drucker und den Verleger in Ermangelung der Angabe des Verfassers mit einer Geldbuße bedroht, hiermit dieselben keineswegs an dessen Stelle als Verfasser fingirt, durch deren Verurtheilung zu der angedrohten Geldbuße auch das durch die Druckschrift verübte gemeine Vergehen gesühnt sein sollte, vielmehr, wie die Bezugnahme der allegirten Artikel auf §. 34 loco cit. ergibt, insofern sie nach allgemeinen strafrechtlichen Grundsätzen als Urheber und Theilnehmer erscheinen sollten, für unbedingt verantwortlich erklärt hat; daß daher die gegentheilige Ausführung des Appellanten der rechtlichen Begründung entbehrt; daß nach Maßgabe der Auslassung der Beschuldigten die Fortsetzung der Untersuchung mit Recht erfolgt ist, und gegründete Veranlassung zu der Annahme vorliegt, daß der Appellant Sieger als Faktor und Vorstand der Hauptmann'schen Druckerei Aufklärung und Auskunft über den wahren Verfasser und die Betheiligung der Beschuldigten zu gewähren im Stande sein würde;

Daß der Sieger der allgemeinen staatsbürgerlichen Pflicht als Zeuge in der eingeleiteten Untersuchung zur Ermittelung der Thäter des hier in Frage stehenden Vergehens nachzukommen hatte und keinerlei gesetzliche Gründe zur Rechtfertigung seiner Weigerung vorgebracht hat, indem die Angabe, daß ihm von dem Verleger, wenn das Geschäft gut gehe, ein Antheil am Gewinn in Aussicht gestellt sei, schon dadurch jede rechtliche Bedeutung verliert, daß die Bestrafung der Schuldigen nicht im Wege der Privatklage verfolgt wird, sondern die Staatsbehörde auf den Antrag des Verletzten es für angemessen gehalten hat, im Interesse der öffentlichen Ordnung die Verfolgung selbst zu übernehmen; daß demnach von einer Ueberschreitung oder Mißbrauch des Untersuchungsrichters in Beziehung auf die von ihm getroffene Maßregel nach Lage der Sache nicht die Rede sein kann.

Gegen diese Entscheidung hat Sieger rechtzeitig den Cassationsrecurs ergriffen, der aber als nicht gerechtfertigt verworfen wurde durch folgendes

Urtheil:

In E., daß der Art. 80 der Rhein. Cr.-Pr.-O. es für eine allgemeine Pflicht eines Jeden, welcher zur Ablegung eines Zeugnisses vor den Untersuchungsrichter vorgeladen wird, erklärt, zu erscheinen und der Ladung Genüge zu leisten;

Daß, wenn in dem vorliegenden Falle an den in der Untersuchungssache gegen Emons und Genossen vor den Untersuchungsrichter als Zeuge geladenen Faktor Sieger von Ersterem die Frage gerichtet wurde: wer eigentlich die Redactionsgeschäfte der Deutschen Reichszeitung besorge, und wer insbesondere die Aufnahme der 5 incriminirten Artikel angeordnet resp. dieselben behufs Aufnahme in die Reichszeitung auf den hierfür bestimmten Tisch der Faktorei gelegt habe? — die gesetzliche Verpflichtung des Zeugen, auf diese Frage zu antworten, in keiner Richtung einem Bedenken unterliegen kann;

Digitized by Google

Daß in Folge Antrags der Staatsanwaltschaft gegen den verantwortlichen Redacteur der Deutschen Reichszeitung Peter Emons die gerichtliche Untersuchung wegen der Beschuldigung eröffnet war, mittelst der fraglichen Artikel das in den §§. 185 und 186 des Str.-G.-B. vorgesehene Vergehen verübt zu haben, und daß die Staatsanwaltschaft zugleich beantragt hatte, den Verleger der Zeitung Hauptmann nach Maßgabe des §. 35 des Preßgesetzes vom 12. Mai 1851 verantwortlich zu vernehmen;

Daß der Redacteur, frühere Schuhmacher, Emons bei seiner verantwortlichen Vernehmung erklärt hatte, daß er sich um die Redaction des Blattes abgesehen von der Unterzeichnung desselben nicht bekümmere, vielmehr lediglich als Gehülfe des Maschinisten in der Druckerei beschäftigt sei, daß ihm fragliche Artikel vor dem Abdruck gänzlich unbekannt gewesen, er auch nicht wisse, wer dieselben zur Druckerei befördert habe, und wer überhaupt die einzelnen Artikel der Zeitung zur Druckerei und Setzerei befördere;

Daß dagegen der Verleger Hauptmann bei seiner Constituirung den Emons als Verfasser und Herausgeber der Artikel bezeichnete, zugleich aber nicht zu wissen erklärte, ob Emons die Artikel vor dem Drucke lese;

Daß unter solchen Umständen die Ermittelung, ob, wie der Antrag der Staatsanwaltschaft unterstellt, der Emons oder ob ein Anderer als Verfasser oder Herausgeber und somit als Urheber für das in den Artikeln gefundene Preßvergehen in Gemäßheit des §. 34 des Preßgesetzes nach den Bestimmungen des gemeinen Strafrechts verantwortlich zu machen sei, zur Erledigung des vorliegenden Antrags der Staatsanwaltschaft gegen den Redacteur Emons und den Verleger Hauptmann unbedenklich gehört, und deßhalb die Vernehmung des Zeugen Sieger über obige, jene Ermittelung bezweckende Frage keineswegs, wie die Vertheidigung behauptet, in Folge der feststehenden, wesentlich formellen Verantwortlichkeit des Redacteurs aus §. 37 des Preßgesetzes als unzulässig oder auch nur als müßig bezeichnet werden kann;

Daß auch die von dem Zeugen Sieger zur Begründung seiner Weigerung abgegebene Erklärung, daß er durch die geforderte Auskunft das Geschäft und sich selbst zu schädigen fürchte, da ihm von dem Verleger für den Fall, daß das Geschäft gut gehe, ein Antheil am Gewinne zugesichert sei, keine vom Gesetze als Weigerungsgrund anerkannte Thatsache enthält;

Daß sonach die wiederholte Weigerung des Zeugen Sieger auf die gestellte Frage zu antworten, in jeder Beziehung unbegründet und als eine Verletzung der ihm durch den Art. 80 der Cr.-Pr.-O. auferlegten Zeugenpflicht erscheint;

Was sodann die Frage bezüglich des Rechts des Untersuchungsrichters anlangt, den sein Zeugniß widerrechtlich weigernden Zeugen zur Ablegung desselben durch Verhaftung zu nöthigen;

J. E., daß der mehr erwähnte Art. 80 dem Untersuchungsrichter die Befugniß beilegt, den Zeugen, welcher seiner Pflicht zu erscheinen und der Ladung Genüge zu leisten, nicht nachkommt, dazu zu zwingen, zu welchem Ende der ungehorsame Zeuge durch den Untersuchungsrichter

Digitized by Google

nach Vernehmung des Antrags der Staatsanwaltschaft ohne sonstige Förmlichkeit oder Aufschub und ohne Berufung in eine Geldbuße, welche 100 Franken nicht übersteigen darf, verurtheilt werden soll, der Untersuchungsrichter aber auch verordnen kann, daß der Vorgeladene körperlich gezwungen werde, zu erscheinen, um sein Zeugniß abzulegen, — que la personne citée sera contrainte par corps à venir donner son témoignage —;

Daß, da nach der ausdrücklichen Bestimmung dieses Artikels die von dem Zeugen zu erfüllende Pflicht sich sonach nicht auf das bloße Erscheinen des Geladenen beschränkt, sondern auch das der Ladung Genügeleisten umfaßt, welches in der Leistung des Zeugeneides und der Ablegung des geforderten Zeugnisses besteht, das Zwangsrecht des Untersuchungsrichters, wenn es seinen Zweck nicht verfehlen soll, sich auch auf beide Leistungen des Zeugen — auf sein Erscheinen und die eidliche Ablegung des Zeugnisses — erstrecken muß;

Daß die Fassung des Art. 80 auch zunächst an der Befugniß des Untersuchungsrichters keinen Zweifel läßt, die angedrohte Geldbuße nicht nur gegen den nicht erscheinenden Zeugen, sondern auch gegen denjenigen zu verhängen, welcher zwar erscheint, aber ohne gesetzlich anerkannten Grund verweigert, sein Zeugniß abzulegen;

Daß die in demselben Artikel dem Richter weiter beigelegte Befugniß den renitenten Zeugen körperlich zu zwingen, daß er erscheine, um sein Zeugniß abzulegen, aus gleichem Grunde sich nicht durch die körperliche Gestellung des Zeugen vor den Untersuchungsrichter erschöpfen kann, der Annahme einer dergestalt beschränkten Befugniß des Untersuchungsrichters auch die Wortfassung des Artikels geradezu entgegensteht, indem danach die zu erzwingende Handlung des Zeugen, das venir donner son témoignage, nicht durch das bloße Erscheinen, selbst mit der Absicht, das verlangte Zeugniß zu verweigern, sondern erst durch die Ablegung des Zeugnisses selbst, welches der Zweck des Erscheinens ist, zum Abschlusse gelangt;

Daß, wenn der Art. 92 der Cr.-Pr.-O. besagt, daß der Untersuchungsrichter in Gemäßheit des Art. 80 unbeschadet der in diesem Artikel verhängten Geldbuße Vorführungsbefehle wider die Zeugen erlassen könne, welche sich weigern, auf die an sie ergangene Vorladung zu erscheinen, diese Bestimmung nicht als Erläuterung oder Beschränkung des Art. 80 aufgefaßt werden kann, vielmehr dem Untersuchungsrichter behufs Ausübung seines Zwangsrechts noch die besondere Befugniß gegeben hat, den übrigens nur gegen Beschuldigte eingeführten Vorführungsbefehl gegen einen lediglich nicht erschienenen Zeugen zu erlassen, während die Ausführung eines solchen Befehls sich keineswegs stets auf die zwangsweise Gestellung vor den Richter beschränkt, sondern nach Art. 93 die gefängliche Festhaltung des Ausgebliebenen bis zur Dauer von 24 Stunden zur Folge haben kann;

Daß aus dem Art. 92 jedenfalls nicht hergeleitet werden kann, daß dem Untersuchungsrichter ein Weiteres als der den ausbleibenden Zeugen zum Erscheinen zwingende Erlaß eines Vorführungsbefehls überhaupt und auch dann nicht gestattet sei, wenn der Zeuge zwar erscheint, also zum Erlasse eines Vorführungsbefehls keine Veranlassung vorliegen kann,

Digitized by Google

aber sich weigert, ein Zeugniß abzulegen und so eine Pflicht verletzt, welche mit derjenigen, zu erscheinen, auf gleicher Linie steht;

Daß gegen eine solche Auslegung des Gesetzes, durch welche die höchsten Interessen der Strafjustizpflege in Frage gestellt würden, insbesondere die Thatsache spricht, daß in völlig übereinstimmender Ausdrucksweise wie im Art. 80 der körperliche Zwang, die contrainte par corps, in der Gestalt einer förmlichen Zwangshaft durch die Cr.-Pr.-O. mehrfach in anderer Richtung als ein Mittel zur Feststellung der Thatsachen im Untersuchungsverfahren angeordnet und vorgeschrieben ist;

Daß insbesondere nach Art. 452 der Cr.-Pr.-O. im Strafverfahren wegen Fälschung gegen öffentliche und Privatdepositarien einer als falsch angegriffenen Urkunde zur Erzwingung der geweigerten Herausgabe derselben, ferner in demselben Verfahren nach Art. 454 gegen öffentliche Depositarien zum Zwecke der Beibringung der in ihrem Besitze befindlichen, zu Vergleichungsstücken geeigneten Urkunden, und nach Art. 456 gegen Privatpersonen, um sie zur Vorlegung der in ihrem Besitze befindlichen, sich zu Vergleichungsstücken eignenden Privatschriften anzuhalten, die contrainte par corps durch die befaßten Gerichtsbehörden insbesondere den Untersuchungsrichter — conf. Art. 452 — verhängt werden muß, bezw. verhängt werden kann;

Daß, wenn in allen diesen Fällen ein Vorführungsbefehl selbstverständlich als ein geeignetes Zwangsmittel in keiner Weise erscheinen kann und deßhalb auch die Anwendbarkeit der Zwangshaft als das in diesen Fällen vom Gesetze beabsichtigte Zwangsmittel von keiner Seite bezweifelt wird, vom Standpunkte der Cr.-Pr.-O. aus gegen die Zulässigkeit des gleichen Zwangsmittels bei der das Interesse der öffentlichen Ordnung in so hohem Grade gefährdenden Nichterfüllung der das wesentlichste Fundament der Strafrechtspflege bildenden Zeugenpflicht ein grundsätzliches Bedenken in keiner Weise erhoben werden kann, und sich damit insbesondere der Einwand erledigt, daß in einer solchen Art der Nöthigung zur Erfüllung einer allgemeinen Bürgerpflicht eine dem Geiste der Rhein. Cr.-Pr.-O. zuwiderlaufende Tortur erblickt werden müsse;

Daß aber die Auslegung des Gesetzes, nach welcher die dem Untersuchungsrichter in den Fällen des Art. 80 gestattete contrainte par corps nach dem Willen des Gesetzes je nach Lage des Falles und Bedürfnisses in derselben Weise zur Ausführung zu bringen ist, also dieselbe materielle Bedeutung haben soll, wie in den Fällen der Art. 452 — 454, 456 auch noch ihre besondere Bestätigung erhält durch die Bestimmungen des den Cr.-Kosten-Tarif enthaltenden Decrets vom 18. Juni 1811;

Daß nämlich, während der die Gebühren für die Vollstreckung der Vorführungsbefehle betreffende Art. 71 Nro. 3 des Decrets auch auf die Art. 80 und 92 hinweist, nicht minder in demselben Artikel unter Nro. 5 bezüglich der Gebühren für die Verhaftung eines Beschuldigten, Angeklagten oder Verurtheilten in Vollzug eines Verhaftungsbefehls, Leibverhaftsbefehls oder Urtheils, unter den diese Maßregeln begründenden Artikeln der Str.-Pr.-O. ebenfalls der Art. 80 erwähnt wird, und demnächst unter Anderen auch die mehrerwähnten Artikel 452, 454, 456 aufgeführt sind;

Digitized by Google

Daß hierdurch also anerkannt ist, daß die Körperhaft, welche in den Fällen der letzterwähnten Artikel als das einzige zum Zwecke führende Zwangsmittel stets eintreten soll, gesetzlich nach Lage des Falles auch auf Grund des Art. 80 gegen einen Zeugen verhängt werden könne, der sich seiner Zeugenpflicht in einer Weise entzieht, welche die bloße Vorführung nicht als das zur Brechung des gesetzwidrigen Widerstandes geeignete Mittel erscheinen läßt;

Daß auch in dem der Renitenz eines Zeugen vor dem Untersuchungsrichter analogen Falle des Art. 157 der Cr.-Pr.-O., welcher zufolge des Art. 189 auch im zuchtpolizeilichen Verfahren Anwendung findet, der Polizeirichter ohne jede Andeutung dafür, daß er auf den Erlaß eines Vorführungsbefehls hat beschränkt sein sollen, für berechtigt erklärt ist, gegen den Zeugen, welcher nach verhängter Geldstrafe der erlassenen zweiten Vorladung nicht Genüge leistet, den körperlichen Zwang in Anwendung zu bringen;

Daß für das Verfahren vor dem Assisenhofe der Art. 355 der Cr.-Pr.-O. nicht blos bestimmt, daß der nicht erschienene Zeuge durch die öffentliche Macht vor den Gerichtshof geführt werden soll, sondern am Schlusse hinzufügt, daß in allen Fällen der Zeuge, welcher nicht erscheint, oder welcher sich weigert, den Eid zu leisten, oder sein Zeugniß abzulegen, zu der im Art. 80 festgesetzten Strafe verurtheilt werden soll;

Daß hier unter Strafe der ganze im Art. 80 angedrohte Rechtsnachtheil, also nicht blos die Geldbuße, sondern auch die Körperhaft zu verstehen ist, wie denn die letztere auch in den Art. 452 und 522 als Strafe bezeichnet wird, conf. Art. 304 der Cr.-Pr.-O.;

Daß dieser Auslegung der Art. 71 des citirten Straf-Kosten-Tarifes ebenfalls zu Seite steht;

Daß nämlich, nachdem in Nro. 3 unter Bezugnahme auf Art. 355 der Cr.-Pr.-O. die Gebühren für die Vollstreckung des Vorführungsbefehls festgesetzt sind, in Nro. 5 unter Bezugnahme auf denselben Art. 355 die Gebühren für die auch im Falle des Art. 355 stattfindende Verhaftung bestimmt sind;

Daß endlich auch gegen die Befugniß des Untersuchungsrichters als eines Einzelrichters, gegen einen Zeugen die Zwangshaft bis zur Aufgabe seines gesetzwidrigen Widerstandes zu verhängen, ein Bedenken nicht aus dem Mangel bestimmt vorgezeichneter Normen und Grenzen hergeleitet werden kann, da nicht nur gegen jede desfallsige Anordnung des Untersuchungsrichters die Berufung zum Appell.-Ger.-Hofe offen steht, die Maßregeln des Erstern vielmehr auch rücksichtlich des Vollzugs und der Dauer der Zwangshaft zufolge des im Art. 9 der Cr.-Pr.-O. ausgesprochenen allgemeinen Grundsatzes einer Correctur des Appell.-Ger.-Hofes jederzeit unterworfen sind;

J. E., daß hiernach die gesetzliche Befugniß des Untersuchungsrichters zur Verhaftung eines das Zeugniß weigernden Zeugen zu schreiten, nicht zu bestreiten, und sonach überall eine Gesetzesverletzung in dem angegriffenen Urtheile nicht zu erkennen ist;

Daß, was die Opportunität der gegen den Zeugen Sieger verhängten Zwangshaft betrifft, die angegriffene, insoweit lediglich dem pflichtmäßigen

Digitized by Google

Ermessen des Richters anheimgegebene Entscheidung der Kritik des Cassationsrichters nicht unterliegt;

Aus diesen Gründen

verwirft das Königl. Ober-Tribunal, II. Abtheilung des Senats für Strafsachen, den von dem Faktor Franz Sieger gegen das Urtheil des Anklage-Senats des Königl. Rhein. Appell.-G.-Hofes vom 21. Juli d. J. eingelegten Cassationsrecurs und verurtheilt den Cassationskläger zur hinterlegten Succumbenzstrafe und zu den Kosten.

Sitzung vom 18. September 1873.

Ref.: H. Geh. O.-Tr.-Rath von Holleben.

Concl.: H. O.-St.-Anwalt Oppenhoff.

Bürgschaft für einen Immobilar-Kaufpreis. — Zahlung des Bürgen. — Auflösung des Kaufvertrages. — Rückforderungsrecht des Bürgen.

Derjenige, welcher für einen Immobilar-Kaufpreis die Bürgschaft, wenn auch nur bis zu einem gewissen Theile übernommen und den verbürgten Betrag bezahlt hat, kann, wenn demnächst auf Anstehen des Verkäufers die Auflösung des Kaufvertrages erkannt und jenem ein Schadenersatz zugesprochen wird, das Gezahlte nicht ohne Weiteres als ein indebitum vom Verkäufer zurückfordern. Es wird vielmehr aus der zwischen Käufer und Verkäufer stattfindenden Liquidation der ihnen in Folge der Resiliation gegenseitig zustehenden Ansprüche sich erst ergeben, ob und was der Verkäufer dem Bürgen herauszuzahlen haben wird.

Alberti — Müller.

Durch Kaufverträge vom 30. Dezember 1856 und vom 25. Februar 1858 kauften die Eheleute Schneider von dem Cassationskläger Abraham Alberti verschiedene Grundstücke für eine Gesammt-Kaufpreissumme von 1458 Thlr. Außerdem verschuldeten sie ihm für ein am 10 Juli 1861 erhaltenes Darlehn 322 Thlr. Am 8. Juli 1861 stellten sie dem Cassationskläger eine Anweisung von 800 Thlr. auf den Cassationsverklagten Müller und dessen Ehefrau aus, welche von den Eheleuten Müller acceptirt wurde.

Am 16. Juli 1862 erließ das Königl. Friedensgericht II. zu Coblenz, nachdem die Parteien dessen Jurisdiktion in Gemäßheit des Art. 7 der Bürgerlichen Prozeßordnung prorogirt hatten, zu Gunsten des Cassationsklägers gegen die Eheleute Müller ein dieselben solidarisch zu einer gleichen Summe von 800 Thlr. verurtheilendes Erkenntniß.

Da die Eheleute Schneider mit einem Theile des von ihnen dem Cassationskläger verschuldeten Kaufpreises im Rückstande blieben, so erwirkte der letztere gegen sie am 5. März 1863 beim Königl. Landgerichte zu Coblenz ein Urtheil, durch welches die obengedachten Kaufverträge für aufgelöst erklärt und die Eheleute Schneider zu Schadenersatz verurtheilt

Digitized by Google

wurden. Die auf diese Weise wieder in seinen Besitz gelangten Grundstücke verkaufte der Cassationskläger durch Kaufvertrag vom 14. Juni 1863 für den Kaufpreis von 1052 Thlr. an die Eheleute Müller. Diese zahlten am 4. August 1863 an den Cassationskläger auf den Kaufpreis 500 Thlr. Außerdem zahlten sie in Folge des obengedachten sogenannten freiwilligen Urtheils an denselben 800 Thlr., wie sie behaupten, am 1. August 1862.

Nachdem inzwischen die Ehefrau Müller verstorben war, ließ Cassationskläger durch Gerichtsvollzieherakt vom 4. März 1867 gegen den Cassationsverklagten Müller und dessen aus der Ehe entsprossenen drei minderjährige Kinder bei den Eheleuten Seiffen Drittarrest für die Gesammtsumme von 2500 Thlr. anlegen, in welcher die Schuld von 800 Thlr. aus dem obengedachten Urtheil und die ganze Kaufpreisschuld aus dem Vertrage vom 14. Juni 1863 mit 1052 Thlr. begriffen war.

Unter dem 9. März 1867 wurden die Arrestaten zum Königl. Landgerichte zu Coblenz auf Gültigerklärung des Arrestes geladen.

Bei der Verhandlung der Sache vor demselben wurde die Arrestsumme jedoch vom Kläger auf 1000 Thlr. ermäßigt und die Gültigerklärung des Arrestes nur bis zu dieser Summe beantragt.

Für die Verklagten wurde auf Aufhebung des Arrestes und Verurtheilung des Klägers zum Ersatz des ihnen dadurch entstandenen Schadens angetragen, indem behauptet wurde, daß die vom Kläger dem Arreste zu Grunde gelegten Forderungen vollständig getilgt seien.

Durch Urtheil vom 6. Juli 1871 erklärte das Landgericht den Arrest für eine Resthauptsumme, Zinsen und Kosten im Gesammtbetrage von 1000 Thlr. für gültig, wies die Drittarrestaten an, die von ihnen den Arrestverklagten verschuldeten Gelder, nach vorheriger gesetzlicher Erklärung an den Arrestkläger bis zum Belaufe seines Guthabens, nachdem dasselbe gehörig liquidirt worden, auszuzahlen, hob den Arrest, soweit er für einen höheren Betrag angelegt worden, auf, und legte den Verklagten die Kosten zur Last. In den Gründen wurde ausgeführt, daß der Arrest in dem ermäßigten Betrage durch den Kaufvertrag vom 14. Juni 1863 gerechtfertigt werde, und die Einrede der Verklagten, daß sie den Kläger für seine Forderung vollständig befriedigt hätten, beweislos geblieben sei.

Die Verklagten appellirten und trugen in zweiter Instanz dahin an, unter Reformation des landgerichtlichen Urtheils den angelegten Arrest für aufgehoben zu erklären, die Klage auf Gültigerklärung desselben abzuweisen und den Arrestkläger zu einem näher zu liquidirenden Schadensersatz und in die Kosten beider Instanzen zu verurtheilen.

Subsidiarisch beantragten die Verklagten, den Jacob Müller, Vater, zum Erfüllungseide darüber zuzulassen, daß die von ihm dem Kläger für die Eheleute Schneider bis zum Betrage von 800 Thlr. geleistete Bürgschaft sich auf den Kaufpreis derjenigen Immobilien bezogen habe, welche er demnächst durch Vertrag vom 14. Juni 1863 von dem Kläger käuflich erworben habe, und daß nach der zwischen ihm und dem letztern getroffenen Verabredung diejenigen 800 Thlr., für welche er dem Kläger das freiwillige Urtheil gegeben hatte, in dem von ihm zu zahlenden Kaufpreise von 1052 Thlr. eingeschlossen sein sollten dergestalt, daß er dem Kläger aus Kaufakt und freiwilligen Urtheil zusammen nur 1052 Thlr. verschulden sollte.

Digitized by Google

Eventuell wurde dem Kläger über vorerwähnte Thatsachen der Entscheidungseid zugeschoben.

Für den Kläger wurde auf Verwerfung der Berufung angetragen.

Durch Urtheil vom 23. Oktober 1872 wies der Appell.-Gerichts-Hof, unter Reformation des Urtheils des Königl. Landgerichts zu Coblenz vom 6. Juli 1871, die Klage auf Gültigerklärung des Drittarrestes ab, hob diesen Arrest auf, verurtheilte den Kläger in einen näher zu liquidirenden Schadensersatz und legte ihm die Kosten beider Instanzen zur Last.

Die Gründe dieses Urtheils lauten:

J. E., daß der streitige Arrest, den der erste Richter für die Gesammtsumme von 1000 Thlr. für gültig erklärt hat, auf das freiwillige Urtheil vom 16. Juli 1862 und den notariellen Kaufakt vom 14. Juni 1863 sich stützt, daher zu prüfen ist, ob der Appellant in seinen angegebenen Eigenschaften auf Grund dieser beiden Titel dem Appellaten etwas verschuldet;

J. E. was zunächst jenes Urtheil angeht:

Daß dasselbe unbestritten diejenige Summe von 800 Thlr. zum Gegenstande hat, welche zufolge Anweisung des Ackerers Wilhelm Schneider zu Plaidt vom 8. Juli 1861 der Appellant und dessen verstorbene Ehefrau und zwar, wie in dem Urtheil ausdrücklich anerkannt ist, als Bürge des 2c. Schneider durch einen am nämlichen Tage ausgestellten Schein dem Appellaten zu zahlen solidarisch sich verpflichtet haben;

Daß mit Rücksicht auf die vorliegenden Umstände und die Verhältnisse der genannten Parteien nicht anzunehmen ist, daß die Anweisung und Bürgschaft für künftige nicht bereits bestehende Forderungen des Appellaten gegeben worden;

Daß in dieser Beziehung der Appellant aufstellt, daß die fragliche Bürgschaft, welche ohne jede nähere Bestimmung lediglich auf die genannte Summe lautet, zur Sicherheit der aus den notariellen Kaufakten vom 30. Dezember 1856 und 25. Februar 1858 dem Appellaten gegen die Eheleute Wilhelm Schneider zustehenden Restforderung geleistet worden, unbestritten unter den Parteien auch feststeht, daß letztere am 8. Juli 1861, dem Tage der Anweisung und des Bürgscheins, dem Appellaten an rückständigen Kaufpreisen einen höheren Betrag als die Summe von 800 Thlr. verschuldeten;

Daß, wenn dagegen seitens des Appellaten geltend gemacht wird, daß die Bürgschaft zunächst für das Darlehn von 322 Thlr. haften müsse, welches, wie der vorliegende Schein ergebe, am 10. Juni 1861 von ihm dem 2c. Schneider gegeben worden, und vereinbarungsmäßig auf die fragliche Summe von 800 Thlr. vorab in Anrechnung zu bringen gewesen sei, bei dem Bestreiten des Appellanten, da es sich hier von einer erst nach der Verbürgung entstandenen Forderung handelt, dem Appellaten der Beweis obliegt;

Daß es nun aber an einem solchen Beweise gänzlich fehlt, da der bezogene, von 2c. Schneider ausgestellte Schuldschein dem Appellanten fremd ist, und die Behauptung des Appellaten, daß jenes Darlehn dem Schneider schon vor dem 8. Juli 1861 mit Wissen des Appellanten versprochen worden, und dem letzteren ein Theil desselben zu Gute gekommen sei, ohne alle Begründung geblieben ist;

Digitized by Google

Daß endlich auch nicht außer Acht zu lassen, daß hier zwei für die Verbürgung wesentlich verschiedene Forderungen in Frage sind, da der einen der Kaufpreisforderungen das auch dem zahlenden Bürgen zustehende gesetzliche Privileg zur Seite stand, mit der andern aber, der Chirographar-Forderung aus dem Darlehn, eine reale Sicherheit nicht verbunden war;

Daß nach allem diesen die Bürgschaft der Eheleute Müller auf die Forderung des Appellaten aus den obenerwähnten Kaufverträgen zu beschränken ist;

J. E, daß nun der Appellant die fragliche Summe von 800 Thlr., wie derselbe ohne Widerspruch behauptet, und es aus der eigenen Rechnungsaufstellung des Appellaten sich ergibt, am Verfalltage, 1. August 1862, an letzteren gezahlt und damit die ganze Verbindlichkeit aus der Bürgschaft erfüllt hat;

Daß jedoch diese Zahlung, nachdem auf Anstehen des Appellaten durch Contumazial-Urtheil vom 5. März 1863 die vorerwähnten Kaufverträge gegen die Eheleute Schneider aufgelöst und die verkauften Grundstücke wiederum Eigenthum desselben geworden waren, als eine auf Seiten des Zahlenden indebito geleistete anzusehen, da in Folge der Auflösung die Sache nunmehr in der rechtlichen Lage sich befand, daß von einer Kaufpreisforderung des Appellaten überall nicht die Rede sein konnte, für den Schadensersatzanspruch aber, den das Urtheil ihm zuerkannt hatte, eine Verpflichtung des Bürgen nicht begründet war;

Daß hiernach Appellant berechtigt erscheint, jenen Betrag von 800 Thlr. auf den Kaufpreis aus dem notariellen Akte vom 14. Juni 1863 — dem zweiten Titel des Arrestes —, durch welchen ihm und seiner verstorbenen Ehefrau die zuerst an die Eheleute Schneider verkauft gewesenen Grundstücke seitens des Appellaten weiter übertragen worden, in Anrechnung zu bringen;

Daß nun, wie die vorliegende Quittung nachweist, am 4. August 1863 der Appellant auf diesen Preis eine Zahlung von 500 Thlrn. geleistet hat, mit dem Gesammtbetrage von 1300 Thlr. aber die ganze Kaufsumme von 1052 Thlr. nebst den davon seit dem 1. August 1862 vertragsmäßig zu zahlenden Zinsen vollständig gedeckt war;

Daß somit seitens des Appellanten aus den beiden Titeln, auf Grund deren der streitige Arrest angelegt worden, seit dem genannten Tage an den Appellaten Nichts mehr verschuldet wurde, der Arrest daher, unter Reformation des Urtheils a quo, ohne daß es auf die weiteren Anträge und Ausführungen der Parteien noch ankommt, aufzuheben und der Appellat in einen näher zu liquidirenden Schadensersatz zu verurtheilen ist.

Gegen dieses Urtheil hat der Arrestkläger Alberti den Cassationsrekurs ergriffen und zwei Cassationsmittel geltend gemacht.

I. Cassationsmittel:

Verletzung der Art. 1184, 1654, 2011 und 2016 des B. G.-B.

Halte man auch an der Ansicht des Appellhofes fest, daß die von den Eheleuten Müller übernommene Bürgschaft nur für die von den Eheleuten Schneider verschuldeten Kaufpreise bis zum Belaufe von 800 Thlrn. übernommen worden, und daß auch dem freiwilligen Urtheil eine andere Bedeutung nicht beizulegen sei, sei doch die Ansicht ungerechtfertigt, daß die Bürgen nicht für den Schadensersatz aufzukommen hätten,

Digitized by Google

der dem Cassationskläger bei Resiliation der Kaufverträge gegen die Eheleute Schneider zugesprochen worden sei. Die Auflösungsklage aus den Art. 1184 und 1654 beseitige den Vertrag durchaus nicht so, als ob er niemals geschlossen worden wäre. Die Auflösung gebe dem Verkäufer das Recht, die Sache zurückzunehmen und deren Werth im Augenblicke der Zurücknahme aufzurechnen auf die Kaufpreisschuld des Ankäufers. Im Prinzip bleibe die Schuld des Kaufpreises bestehen, und es müsse der Ankäufer denjenigen Theil derselben als Schadensersatz bezahlen, welcher durch den Werth der Sache zur Zeit der Rückgabe nicht gedeckt worden. Der Bürge, welcher sich für die Bezahlung des Kaufpreises verbürge, verbürge die ganze Verpflichtung des Ankäufers (Art. 2011, 2016 des B. G.-B.).

Es könne einen Unterschied nicht begründen, ob der Verkäufer diese Verpflichtung auf dem Wege einer Erfüllungsklage oder einer Auflösungsklage realisire. Die verbürgte Verpflichtung werde durch die Auflösungsklage nicht aufgehoben, sondern umgekehrt zur Exekution gebracht, der Schadensersatz sei das Surrogat der Erfüllung. Hätten die Eheleute Schneider selbst die 800 Thlr. bezahlt, so sei es klar, daß sie dieselben nicht ohne weiteres kondiziren könnten, sondern nur berechtigt wären, das Gezahlte auf den zu leistenden Schadensersatz zu verrechnen und einen etwaigen Ueberschuß zurückzufordern. Die Cassationsverklagten könnten deshalb, weil sie als Bürgen gezahlt hätten, nicht weiter gehende Rechte haben.

II. Cassationsmittel.

Verletzung der Art. 1291, 1377, 2011, 2028 und 2029 des B. G.-B.

Der Annahme des Appellhofes, daß die Verklagten die gezahlten 800 Thlr. zu kondiziren befugt und folgeweise auf ihre eigene Kaufpreisschuld zu verrechnen berechtigt seien, ständen zwei Gründe entgegen. Zunächst stelle der Appellhof nicht fest, daß die Eheleute Müller die 800 Thlr. aus Irrthum gezahlt hätten. Es könne auch von einem solchen Irrthum nicht die Rede sein, da die Zahlung der 800 Thlr. am 4. August 1863 erfolgt sei, während die Auflösung der Kaufverträge am 5. März 1863 ausgesprochen worden, und die Eheleute Müller inzwischen und zwar am 14. August 1863 sogar die an die Eheleute Schneider verkauft gewesenen, vom Cassationskläger wieder zurückgenommenen, Grundstücke von diesem gekauft hätten. Wenn sie demnächst bei voller Kenntniß der Sachlage auf Grund der übernommenen Bürgschaft und des freiwilligen Urtheils die 800 Thlr. gezahlt hätten, so fehle es an der allerersten Voraussetzung der condictio indebiti, es sei nicht irrthümlich gezahlt (Art. 1377 des B. G.-B.). Sodann würde aber die condictio indebiti den Cassationsverklagten nur zustehen, wenn nachgewiesen wäre, daß die Uebernahme der Bürgschaft auf einem Irrthum beruhe. Die Gültigkeit der Bürgschaft sei jedoch gar nicht angefochten. Der zahlende Bürge zahle für Rechnung und zur Entlastung des Hauptschuldners und habe gegen diesen seinen Regreß (Art. 2011, 2028 und 2029 des B. G.-B.). Für den Gläubiger sei es gleichgültig, ob er die Zahlung vom Hauptschuldner oder vom Bürgen empfange. Der Gläubiger könne also, wenn auf Grund einer an sich gültigen Bürgschaft gezahlt sei, nicht verpflichtet sein, mit dem Bürgen abzurechnen, ohne Rücksicht darauf, wie sich sein Verhältniß zum Hauptschuldner stelle. Hätten die Eheleute Müller den verbürgten Theil des Kaufpreises gezahlt, bevor der Cassationskläger die Resiliation

Digitized by Google

der Verträge gegen die Eheleute Schneider herbeigeführt, so würde zu Tage liegen, daß derselbe nur mit diesen wegen des empfangenen Theils des Kaufpreises und wegen seines Schadensersatzanspruchs sich auseinander zu setzen hätte. Der Umstand, daß hier erst nach erfolgter Resiliation gezahlt sei, könne im Prinzip nichts ändern Die Cassationsverklagten würden im günstigsten Falle die 800 Thlr. nur zurückfordern können, wenn sie bewiesen, daß der Cassationskläger zur Zeit des Empfangs der Zahlung aus den Kaufverträgen überhaupt nichts mehr von den Eheleuten Schneider zu fordern gehabt, und daß er insbesondere auch wegen seiner Schadensersatzforderung befriedigt gewesen oder doch gegenwärtig befriedigt sei. So lange ein solcher Nachweis nicht vorliege, sei der Zurückforderungsanspruch gänzlich illiquid (Art. 1291 des B. G.-B.).

Für den Cassationsverklagten ist erwidert worden:

Auf das I. Cassationsmittel:

Es liege im Wesen der durchgeführten Auflösungsklage, daß Alles in den früheren Stand gesetzt werde, hernach also eine Kaufpreisschuld nicht mehr bestehe, und der Verkäufer das bereits auf den Kaufpreis Empfangene zurückzahlen müsse, es sei denn, daß er aus dem Gesichtspunkte des Schadensersatzes Compensationsansprüche habe. Eben so hätte der Verkäufer dem Bürgen das in Folge der Bürgschaft Gezahlte zurückzugeben, wofern der Bürge nicht auch für die Schadensersatzansprüche des Verkäufers zu haften habe. Von Rechtswegen folge letzteres aus der Verbürgung für den Kaufpreis nicht. Im vorliegenden Falle habe aber der Appellhof in einer hier unangreifbaren Weise den Umfang der Bürgschaft dahin festgestellt, daß für den gedachten Schadensersatzanspruch eine Verpflichtung des Bürgen nicht begründet sei. Die Aufstellungen des Cassationsklägers fänden auch in den citirten Art. 2011 uud 2016 des B. G.-B. keine Unterstützung. Insbesondere liege ein cautionnement indéfini, wie Art. 2016 voraussetze, hier sowohl an sich als nach der thatsächlichen Feststellung des Appell.-Ger.-Hofes nicht vor.

Der Cassationskläger könne nicht zugleich Auflösung und Erfüllung verlangen. Wähle er die Auflösung, so zerfalle der Anspruch auf Erfüllung. Ob der Schadenersatz das Surrogat der Erfüllung sei, sei unerheblich, da der Grundsatz, daß das Surrogat die rechtliche Natur desjenigen, an dessen Stelle es trete, theile, keine Geltung habe. Der Schadensersatz sei aber auch kein Surrogat der Erfüllung, sondern die Folge der Vertragsverletzung. Die rechtliche Stellung des Bürgen sei von der der Eheleute Schneider wesentlich verschieden. Aber auch die letzteren seien berechtigt, das auf den Kaufpreis Gezahlte ohne weiteres zurückzufordern, und es liege dem Cassationskläger ob, demgegenüber seine Schadensersatzansprüche zu substantiiren und im Wege der Compensation geltend zu machen. Ersteres sei nicht geschehen und daher der ganze Angriff gegenstandlos. Der Klage des Cassationsklägers habe der Grundsatz entgegengestanden: dolo agit, qui petit, quod redditurus est.

Zum II. Cassationsmittel:

Wie Art. 1235 des B. G.-B. zeige, sei Irrthum keine nothwendige Voraussetzung der Rückforderung einer zu Unrecht geleisteten Zahlung. Ueberdies hätten die Verklagten keine Condiktion angestellt, sondern sich nur einredeweise gegen die Forderung des Klägers vertheidigt. Endlich sei die Rückforderung nur eine Consequenz der eigenen Handlung des

Digitized by Google

Klägers und der gesetzlichen Bestimmung, daß die Resiliation die Wiederherstellung des früheren Zustandes nach sich ziehe. Der Irrthum des Bürgen bei der Zahlung liege darin, daß er geglaubt, sie geschehe in Anrechnung auf den von ihm verschuldeten Kaufpreis. Zur Condiktion des Bürgen sei keineswegs nothwendig, daß die Uebernahme der Bürgschaft auf einem Irrthum beruht habe. Durch die Resiliation sei das zwischen dem Hauptgläubiger und dem Bürgen bestehende Vertragsverhältniß vernichtet worden, und könne der letztere daher von dem ersteren direkt die Auseinandersetzung über die Folgen dieser Vernichtung fordern. Der Gläubiger sei an die Grenzen der Bürgschaft gebunden und müsse zurückgeben, was er vom Bürgen jedenfalls nicht zu fordern gehabt habe.

Für den Cassationskläger wird dahin angetragen:

Das Urtheil des Rhein. Appell.-Ger.-Hofes zu Köln vom 23. Oktober 1872 zu cassiren, die Rückgabe der hinterlegten Succumbenzgelder zu verordnen und den Cassationsverklagten die Kosten des Verfahrens zur Last zu legen, demnächst in der Sache selbst die Berufung wider das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Coblenz vom 6. Juli 1871 als unbegründet zu verwerfen mit Strafe und Kosten.

Für die Cassationsverklagten wird

auf Verwerfung des Cassationsrekurses als unbegründet und Verurtheilung des Cassationsklägers in die Kosten

angetragen.

Urtheil:

J. E., daß nach der thatsächlichen, einer Nachprüfung im gegenwärtigen Verfahren nicht unterliegenden Feststellung des Appell.-Ger.-Hofes die in Frage befangene Zahlung von 800 Thlr. vom Cassationsverklagten Müller am ersten August 1862 an den Cassationskläger geleistet worden ist;

Daß der ferneren thatsächlichen Feststellung des Appell.-Ger.-Hofes gemäß die Eheleute Schneider dem Cassationskläger zur Zeit jener Zahlung noch mehr als 800 Thlr. an Kaufpreis verschuldeten, und die Auflösung der zwischen den ersteren und den letzteren abgeschlossenen Kaufverträge erst später durch Urtheil vom 5. März 1863 ausgesprochen worden ist;

Daß endlich der Appell.-Ger.-Hof von der thatsächlichen Annahme ausgegangen ist, daß der Cassationsverklagte Müller die obengedachte Zahlung auf Grund der von ihm und seiner Ehefrau durch Acceptation der Anweisung vom 8. Juli 1861 und das sogenannte freiwillige Urtheil vom 16. Juli 1862 für die gedachte Kaufpreisschuld der Eheleute Schneider bis zum Betrage von 800 Thlr. übernommenen Bürgschaft und in der Absicht geleistet hat, die Verpflichtung aus dieser Bürgschaft zu erfüllen;

Daß sich aus allem diesen von selbst ergibt, daß nach der Annahme des Appell.-Ger.-Hofes der Cassationsverklagte Müller durch Einhändigung der 800 Thlr. nur ein debitum an den Cassationskläger bezahlte, und auch bei ihm damals ein Irrthum über sein Schuldverhältniß zu dem letzteren nach keiner Richtung hin bestanden hat;

J. E., daß aber der Appell.-Ger.-Hof in der Begründung seiner Entscheidung davon ausgeht, daß die gedachte Zahlung nunmehr aus dem Grunde als indebite geleistet anzusehen sei, weil nach derselben durch

Digitized by Google

das obenerwähnte Urtheil vom 5. März 1863 die Kaufverträge zwischen dem Cassationskläger und den Eheleuten Schneider aufgelöst worden, und in Folge dieser auf den Tag des Abschlusses derselben zurückwirkenden Auflösung die Sache so zu betrachten sei, als ob eine Kaufpreisschuld der letzteren dem erstern gegenüber nie bestanden hätte, diese rückwirkende Kraft der Auflösung sich also auch auf die Verbürgung der Eheleute Müller für einen Theil des Kaufpreises erstrecken müsse, und, da diese Bürgschaft nicht auf den dem Cassationskläger von den Eheleuten Schneider in Folge des Resiliationsurtheils etwa zu ersetzenden Schaden bezogen werden könne, das auf Grund der Bürgschaft Gezahlte nunmehr als sine causa gezahlt anzusehen sei und daher der Rückforderung des Bürgen mit der condictio sine causa unterliege;

J. E., daß nun zwar die Ausführung des Cassationsrekurses, daß in der Annahme, die Auflösung der Kaufverträge wirke bis auf den Augenblick des Abschlusses derselben zurück, eine Verletzung der Art. 1184 und 1654 des B. G.-B. enthalten sei, unbegründet ist, da die nach dem ersten Artikel in allen synallagmatischen Verträgen selbstverständlich enthaltene resolutorische Klausel in ihren Wirkungen einer Resolutivbedingung gleichgestellt, und nach Art. 1183 ebendaselbst im Falle des Eintritts einer Resolutivbedingung unter den Contrahenten dasselbe Verhältniß wiederherzustellen ist, als wenn der Vertrag niemals zwischen ihnen abgeschlossen worden wäre;

Daß aus dem Gesagten folgt, daß der Verkäufer nach Resiliation des Kaufgeschäfts Alles, was er auf den Kaufpreis empfangen, an den Käufer zurückzugeben hat;

Daß dieser Verpflichtung aber der ihm durch die Resiliation erwachsene Anspruch auf Schadensersatz, sofern ihm ein solcher, wie im vorliegenden Falle durch das Urtheil vom 5. März 1863 geschehen, zuerkannt worden ist, als Correlat gegenüber steht, und daher erst eine Liquidation der sämmtlichen beiden Contrahenten in Folge der Resiliation gegeneinander zustehenden Ansprüche ergeben kann, wer von Beiden dem Andern etwas herauszuzahlen hat;

J. E., daß wenn hiernach die Eheleute Schneider in der gegenwärtigen Lage der Sache, da die gedachte Liquidation zwischen ihnen und dem Cassationskläger nach der Annahme des Appell.-Ger. Hofes noch nicht statt gefunden hat, zur Rückforderung des auf den Kaufpreis Gezahlten nicht berechtigt sein würden, dieses Recht auch den Cassationsbeklagten rücksichtlich der von ihnen als Bürgen auf den Kaufpreis gezahlten Summe von 800 Thlr. nicht zustehen kann, da die Frage, ob Cassationskläger eine auf den Kaufpreis geleistete Zahlung überhaupt cum causa oder sine causa in Händen habe, nur auf Grund der zwischen ihm und dem Hauptschuldner, Eheleuten Schneider, bestehenden obligatorischen Verhältnisse zu beantworten ist, und er den Cassationsverklagten als Bürgen gegenüber unmöglich eine gezahlte Summe sine causa haben und behalten kann, die er dem Hauptschuldner gegenüber cum causa zurückbehält;

Daß dagegen die von der vorerörterten ganz verschiedene Frage, ob die Cassationsverklagten auf Grund der Bürgschaft auch dann, wenn sie die verbürgte Summe noch nicht gezahlt hätten, für den dem Cassationskläger in Folge der Resiliation zuerkannten Schadensersatz zu haften gehabt haben würden, nach Lage der Sache hier nicht zu lösen ist;

Digitized by Google

J. E., daß der Appell.-Ger.-Hof hiernach, indem er den Cassationsverklagten in gegenwärtiger Lage der Sache das Recht zur Rückforderung der gezahlten 800 Thlr. und folgenweise zur Aufrechnung dieser Summe gegen die liquide Kaufpreisforderung des Cassationsklägers zuerkannte, dem zwischen dem letzteren und den Eheleuten Schneider ergangenen Restliationsurtheile eine Wirkung beigelegt hat, die ihm rechtlich nicht zukam, und hierdurch die Grundsätze über die Bürgschaft verkannt, sowie den Art. 1180 in Verbindung mit Art. 1654 und den Art. 1377 des B. G.-B. durch unrichtige Anwendung verletzt hat;

Daß das angegriffene Urtheil daher der Vernichtung unterliegt;

Daß es in der Sache selbst vor Entscheidung über die Berufung gegen das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Coblenz vom 6. Juli 1871 noch thatsächlicher Erörterungen bedarf;

Aus diesen Gründen

vernichtet das Königl. Ober-Tribunal, fünfter Civilsenat (Rheinischer Senat) das Urtheil des Königl. Appell.-Ger.-Hofes zu Köln vom 23. Oktober 1872;

Verordnet die Beischreibung dieses Urtheils am Rande des vernichteten und die Rückgabe der hinterlegten Succumbenzgelder, und legt den Cassationsverklagten die Kosten dieses Verfahrens zur Last;

Verweist die Sache selbst zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an den zweiten Senat des gedachten Appell.-Ger.-Hofes.

Sitzung vom 16. September 1873.

Ref.: H. Geh. Ob.-Tr.-Rath Weyers.

Concl.: H. Ob.-St.-Anwalt Dr. Oppenhoff.

Advokaten: Dorn — Mecke.

Assisen. — Präsident. — Resume.

Das Resume des Assisen-Präsidenten ist einer Kritik oder Reklamation gesetzlich nicht unterworfen, mithin die Innehaltung der für dessen Inhalt gezogenen Schranken lediglich der Ehre und dem Gewissen des Präsidenten anvertraut, unter dem alleinigen Vorbehalte, daß, wenn in demselben neue thatsächliche Anführungen gemacht werden, die Aufhebung des Schlusses der Verhandlungen und deren Wiederaufnahme beantragt und beschlossen werden kann.

Loeff — Oeffentliches Ministerium.

Durch Urtheil des Königl. Assisenhofes zu Köln vom 22. Juli 1872 ist Sebastian Julius Loeff, 39 Jahre alt, Subdirektor, geboren zu Berlin, wohnhaft zu Köln, zu einer Zuchthausstrafe von 18 Monaten, einer Geldbuße von 100 Thlrn., im Unvermögensfalle 1 Monat Zuchthaus, zum Verluste der bürgerlichen Ehrenrechte auf die Dauer von 5 Jahren und in die Kosten verurtheilt worden, nachdem derselbe durch den Spruch der Geschworenen mit absoluter Stimmenmehrheit schuldig erklärt war, in rechtswidriger Absicht und um sich einen Vermögensvortheil zu ver-

Digitized by Google

schaffen zwei näher bezeichnete Quittungen gefälscht und von denselben im April 1872 zu Köln zum Zwecke der Täuschung Gebrauch gemacht zu haben. Der Vertheidiger des Angeklagten hat rechtzeitig den Cassationsrekurs eingelegt und eine Denkschrift zu den Akten gegeben, in welcher ausgeführt wird: Der Angeklagte habe gegen seinen früheren Hülfsarbeiter Michiels wegen verschiedener Ansprüche beim Handelsgerichte geklagt, und letzterer habe eine Widerklage auf Zahlung von 91 Thlr. 10 Sgr. 6 Pfg. gegen ihn erhoben, in welcher Summe 75 Thlr. als rückständiges Salair enthalten gewesen. Bei Verhandlung der Sache habe Loeff behauptet, dies Salair dem Kläger bezahlt zu haben, worauf das Handelsgericht ersterem den Beweis dieser Zahlung aufgegeben. Loeff habe nun am 26. März 1872 die zwei in Rede stehenden Quittungen dem Sekretariate des Handelsgerichts übersandt, und in der Audienz vom 3. April ej. habe sein Vertreter, Advokat-Anwalt Schlink, diese Quittungen beim Handelsgerichte producirt. Michiels habe eine Alterirung dieser Quittungen behauptet, und das Handelsgericht das persönliche Erscheinen des Loeff in der Sitzung vom 17. April verordnet. Vor diesem Termine habe Loeff das streitige Salair an Michiels gezahlt, und letzterer seine Klage zurückgezogen. Bei der demnächst gegen Loeff erkannten Anklage wegen Urkundenfälschung sei es wesentlich die Aufgabe der Vertheidigung gewesen, auszuführen, daß von den fraglichen Quittungen nicht Gebrauch gemacht worden sei, und daß höchstens ein Versuch vorliege, welcher nach §. 46 Nr. 1 des Str.-G.-B. straflos sei, da der Angeklagte die Ausführung der Handlung freiwillig aufgegeben habe. Nach Abgabe des Geschworenen-Verdiktes sei nun vom Vertheidiger folgender Antrag gestellt worden:

Der Königl. Assisenhof wolle dem Angeklagten beurkunden, daß der Herr Präsident nach geschlossenen Debatten in seinem Resume folgende Sätze ausgesprochen hat:

1. Ich halte mich, da kein höherer Richter hier vorhanden, in meiner Stellung vollständig berechtigt, die juristischen Fragen zu entscheiden.
2. Es ist kein Zweifel, daß in der Vertretung des Angeklagten durch Anwalt Schlink am Handelsgerichte ein Gebrauchmachen zu finden ist.
3. Es ist ebenso feststehend, daß mit diesem Gebrauche schon das Verbrechen vollendet war. Ich versichere Sie, daß dies Alles so richtig ist.
4. Der Angeklagte ist zurückgetreten nicht freiwillig, sondern, nachdem er erfahren, daß der Königl. Ober-Prokurator mit der Sache befaßt war.
5. In Bezug auf die Frage nach mildernden Umständen befinde ich mich in Verlegenheit, denn ich habe von der Vertheidigung nichts gehört, was diese mildernde Umstände rechtfertigen könnte.

Sodann wolle der Hof der Vertheidigung beurkunden, daß dieselbe in Bezug auf mildernde Umstände geltend gemacht hatte: 1) die Geringfügigkeit des Objekts, 2) die Geringfügigkeit der früheren Vergehen und Bestrafungen des Angeklagten, 3) und hauptsächlich der Rücktritt des Angeklagten und der von ihm getroffene Vergleich, wodurch auch ein Schaden für den Verletzten nicht entstanden.

Nachdem vorstehender Antrag schriftlich dem Assisenhofe übergeben worden, schritt derselbe zur Berathung und erließ demnach folgenden Beschluß:

Digitized by Google

J. E., daß die drei ersten Sätze des vorstehenden Antrags dem Sinne nach das vom Präsidenten Vorgetragene enthalten, dem Antrage auf deren Beurkundung daher stattzugeben ist;

Daß dagegen in den ad 4 und 5 artikulirten Sätzen weder den Worten noch dem Sinne nach das Vorgetragene wiedergegeben, dem Antrag auf Beurkundung derselben daher nicht zu deferiren ist;

Aus diesen Gründen beurkundet der Assisenhof die drei ersten Punkte des vorstehenden Antrags, versagt die Beurkundung des vierten und fünften Punktes.

Der gegenwärtige Cassationsrekurs wird darauf gestützt, daß

1) der Königl. Assisenhof in dem letztgedachten Punkte es unterlassen, über den Antrag zu erkennen, wenigstens über diesen Antrag nicht vollständig erkannt, sowie den erlassenen Beschluß nicht resp. nicht mit ausreichenden Gründen versehen habe (Art. 408 der Cr.-P.-O.);

2) daß der Assisen-Präsident in seinem Schlußvortrage sein eigenes Urtheil über die Thatfrage ausgesprochen, dieses sogar als das allein und unbedingt richtige hingestellt und dasselbe mit Bemerkungen versehen habe, die einerseits jeder Begründung entbehrten, andrerseits geeignet waren, die Geschworenen zu bestimmen, ihre eigene, aus sich selbst zu bildende Ueberzeugung dem Urtheile des Präsidenten unterzuordnen;

Daß in diesem Verfahren aber eine Verletzung sämmtlicher, die Befugnisse des Präsidenten betreffenden Gesetze, namentlich der Art. 267 und folgende und 336 der Cr.-P.-O. liege.

In der Denkschrift wird weiter ausgeführt:

ad 1) daß der Assisenhof nach Ablehnung der Beurkundung der Sätze 4 und 5, weil in denselben das Vorgetragene nicht wiedergegeben sei, zur vollständigen Erledigung des Antrages hätte angeben müssen, was in Betreff jener Sätze vorgetragen sei; durch diese Unterlassung werde Art. 408 der Cr.-P.-O. verletzt. Der Beschluß selbst sei auch nicht mit Gründen resp. ausreichenden Gründen versehen, indem er nicht erkennen lasse, ob zwischen den artikulirten Sätzen und dem wirklich Vorgetragenen ein relevanter Unterschied bestehe.

ad 2) Nach den beurkundeten drei Sätzen habe der Präsident sich berechtigt erklärt, die betreffenden Fragen als juristische zu entscheiden; die Frage aber, ob in einer bestimmten Handlung ein Gebrauchmachen liege, ob sie den Versuch oder die Vollendung eines Verbrechens darstelle, sei rein thatsächlicher Natur, über welche die Geschworenen zu entscheiden hätten; auch über rein juristische Fragen habe der Assisenhof zu entscheiden (von Daniels, Grundsätze des Rhein. Strafverfahrens §. 350, Ruppenthal, Materialien zu Art. 336 der Cr.-P.-O.).

Es wird beantragt, das angegriffene Urtheil zu vernichten und die Sache an einen anderen Assisenhof zu verweisen.

Das Königl. Ober-Tribunal, zweite Abtheilung des Senats für Strafsachen, hat den Rekurs verworfen aus folgenden Gründen:

J. E., daß nach Art. 336 der Cr.-P.-O. der Assisenpräsident in einem Schlußvortrage die aus der Verhandlung sich ergebenden Hauptbeweismomente für und gegen den Angeklagten darzulegen und die Geschworenen auf die ihnen obliegenden Pflichten hinzuweisen hat;

Daß dieser Schlußvortrag einer Kritik oder Reklamation gesetzlich nicht unterworfen, mithin die Innehaltung der für den Inhalt des Schlußvortrages gezogenen Schranken, insbesondere die Genauigkeit und Un-

Digitized by Google

parteilichkeit desselben lediglich der Ehre und dem Gewissen des Assisenpräsidenten anvertraut ist, unter dem alleinigen, durch den Begriff des Schlußvortrages selber gegebenen Vorbehalte, daß, wenn in demselben neue thatsächliche Anführungen gemacht werden, die Aufhebung des Schlusses der Verhandlungen und deren Wiederaufnahme beantragt und beschlossen werden kann;

Daß hiernach der in der Sitzung vom 22. Juli l. J. seitens des Vertheidigers des Angeklagten gestellte Antrag auf Beurkundung der Thatsache, daß der Assisenpräsident in seinem Schlußvortrage fünf unter den oben bezeichneten Vorbehalt nicht fallende Sätze ausgesprochen, sowie die durch den Assisenhof in Beziehung auf die drei ersten Sätze ertheilte, hinsichtlich der zwei letzten Sätze aus thatsächlichen Gründen verweigerte Urkundenertheilung jeder gesetzlichen Unterlage entbehrt, mithin weder nach ihrer positiven, noch nach ihrer negativen Seite hin, eine rechtliche Folge und Bedeutung haben kann.

Sitzung vom 3. Oktober 1872.

Ref.: H. G. Ob.-Tr.-Rath Reichensperger.

Concl.: H. Ob.-St.-Anwalt Dr. Oppenhoff.

Politischer Verein. — Strafbarkeit der Verbindung solcher Vereine. Gesetz vom 11. März 1850 §§. 8. 16.

Unter einem politischen Vereine ist eine jede Mehrzahl von Personen zu verstehen, welche vermöge eines Uebereinkommens sich unter einer Leitung für längere oder kürzere Zeit zur Einwirkung auf öffentliche Angelegenheiten vereinigt haben.

Der §. 8 b des Gesetzes vom 11. März 1850 hat den Zweck, die Thätigkeit solcher Vereine zu lokalisiren.

Die Strafbarkeit der Verbindung solcher Vereine gleicher Art ist dadurch nicht ausgeschlossen, daß ein Theil derselben der Selbstständigkeit entbehrt und nur als Organ eines Centralvereins thätig ist.

Oeffentl. Ministerium — Patheiger.

Der Kaufmann Heinrich Joseph Patheiger zu Trier, welcher von dem Vorstande des Vereins Deutscher Katholiken in Mainz in Gemäßheit des §. 8 des Vereinsstatuts zum Geschäftsführer des Vereins in Trier ernannt ist, auch in Gemäßheit des §. 2 des Vereinsgesetzes vom 11. März 1850 Statuten und Mitglieder-Verzeichniß an die Ortspolizeibehörde eingereicht hat, ist unter der Beschuldigung zur Untersuchung gezogen worden:

als Geschäftsführer des zu Trier bestehenden sogenannten „Mainzer Vereins Deutscher Katholiken" im Laufe des verflossenen Jahres und dieses Jahres das im §. 16 des Gesetzes über das Versammlungs- und Vereinigungsrecht vom 11. März 1850 vorge-

Digitized by Google

sehene Vergehen dadurch begangen zu haben, daß er die im §. 8 b loc. cit. den Vereinen, welche bezwecken, politische Gegenstände in Versammlungen zu erörtern, gezogenen Beschränkungen überschritten habe.

Der Beschuldigte erklärte sich auf die Beschuldigung im Wesentlichen dahin: daß in Trier kein selbstständiger Verein Deutscher Katholiken bestehe, sondern daß dieser Verein ganz allein seinen Sitz in Mainz habe und die in Trier stattfindenden Wanderversammlungen nur von dem dortigen Verein ausgingen. Daß der fragliche Verein bezwecke, politische Gegenstände in den abzuhaltenden Versammlungen zu erörtern, namentlich auf die Wahlen zu influiren, wurde vom Beschuldigten nicht bestritten, obwohl dies nicht sein Hauptzweck, dieser vielmehr darauf gerichtet sei, seine Mitglieder zur Religiosität und zur gewissenhaften Erfüllung ihrer bürgerlichen Pflichten anzuhalten.

Nach geschlossener Untersuchung verordnete die Rathskammer des Königl. Landgerichts zu Trier unter dem 30. Mai dieses Jahres die Einstellung des Verfahrens, weil keine hinreichenden Anzeigen vorliegen, daß der Beschuldigte der Geschäftsführer eines in Trier bestehenden Zweigvereins sei.

Die von der Staatsanwaltschaft gegen diesen Beschluß angemeldete Opposition ist vom Anklage-Senate des Königl Appell.-Ger.-Hofes zu Köln durch Urtheil vom 27. Juni d. J. verworfen worden und zwar aus folgenden Gründen:

J. E., daß der §. 8 b der Verordnung vom 11. März 1850 mit Rücksicht auf die Gefährlichkeit der Affiliation denjenigen Vereinen, welche bezwecken, politische Gegenstände in Versammlungen zu erörtern, unter Androhung der im §. 16 für die Vorsteher, Ordner oder Leiter bestimmten Strafe, die Beschränkung auferlegt, nicht mit anderen Vereinen gleicher Art zu gemeinsamen Zwecken in Verbindung zu treten;

Daß nach dem Ergebniß der Untersuchung nur soviel feststeht, daß der Beschuldigte, welcher seinen Wohnsitz in Trier hat, dem in Mainz residirenden, jedoch örtlich nicht begrenzten Vereine Deutscher Katholiken beigetreten, von diesem im Sinne des §. 8 seines Statuts zum Geschäftsführer ernannt worden ist und in dieser Eigenschaft die Listen der dem Mainzer Vereine und dessen Statut weiterhin beitretenden Mitglieder, gleichwie die Beiträge derselben dem Vorstande des letzteren übermittelt, schließlich auch am 10. November 1872 und 25. März 1873 zwei von diesem auf Grund des §. 10 des Statuts angeordnete Wanderversammlungen, zu welchen die öffentlichen Einladungen von dem Präsidenten des Vereins unter Gegenzeichnung des Beschuldigten in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer ausgegangen sind, geleitet hat;

Daß aus diesen Thatsachen allein nicht gefolgert werden kann, daß in Trier unter der Leitung des Beschuldigten sich ein besonderer politischer oder auch nur ein Zweigverein des Katholikenvereins zu Mainz gebildet habe, da es an jedem Anhalte für eine selbstständige Thätigkeit eines solchen, sei es im Wege einer eigenen durch Statut regulirten Organisation, sei es thatsächlich durch Abhaltung von Versammlungen außer den von dem Mainzer Vereine angeordneten mangelt, daher die Voraussetzung der angezogenen Strafbestimmung nicht zutrifft.

Der Königl. General-Prokurator zu Köln hat gegen dieses Urtheil bereits am folgenden Tage den Cassations-Rekurs angemeldet und zu-

Digitized by Google

stellen lassen. Er stützt seinen Rekurs auf die Behauptung unrichtiger Auslegung und Nichtanwendung der §§. 8 b und 16 des mehrcitirten Vereinsgesetzes.

Urtheil:

J. C., daß aus den nach dem Urtheil des Anklage-Senats bisher nur konstatirten Thatsachen seiner rechtlichen Auffassung nach sich noch nicht folgern läßt, daß in Trier unter der Leitung des Beschuldigten sich ein besonderer politischer, oder auch nur ein Zweigverein des Katholikenvereins zu Mainz gebildet habe, da es an jedem Anhalt für eine selbstständige Thätigkeit eines solchen, sei es im Wege einer eigenen, durch Statut regulirten Organisation, sei es thatsächlich durch Versammlungen außer den vom Mainzer Vereine angeordneten, mangele. Daß diese negative Feststellung des Angeklage-Senats sonach durch das Nichtvorhandensein eines rechtlich für erforderlich erachteten Merkmals, nämlich der in der bezeichneten Weise selbstständigen Thätigkeit des behaupteten Vereins begründet wird, daß diese Auffassung der Erfordernisse eines politischen Vereins im Sinne des Veinsgesetzes vom 11. März 1850 als eine die Anwendbarkeit der Bestimmungen dieses Gesetzes in unzulässiger Weise beschränkende bezeichnet werden muß;

Daß, wenn das Vereinsgesetz den gesetzlichen Begriff eines politischen Vereins auch nicht näher definirt hat, darunter doch eine jede Mehrzahl von Personen verstanden werden muß, welche vermöge eines Uebereinkommens sich unter einer Leitung für längere oder kürzere Zeit zur Einwirkung auf öffentliche Angelegenheiten vereinigt haben; daß, indem durch §. 2 des Gesetzes die Vorsteher politischer Vereine verpflichtet wurden, Statuten vorzulegen, hiermit nur die Verpflichtung dieser Vereine gesetzlichen Ausdruck erhalten hat, sich über ihre näheren Zwecke der zu ihrer Ueberwachung berufenen Ortspolizeibehörde gegenüber auszuweisen;

Daß aber, sowenig die vorzulegenden Statuten maßgebend und bindend sein können für die behördliche Beurtheilung der wirklichen Zwecke eines Vereins, indem diese Zwecke vielmehr von der Behörde selbstständig unter Berücksichtigung aller zu ihrer Kenntniß gelangten Thatsachen, namentlich der zu konstatirenden Thätigkeit des Vereins, beurtheilt und festgestellt werden müssen, ebensowenig die statutenmäßige Organisation, welche der Verein sich selbst gegeben hat, oder gemäß welcher die im Bereiche der Ortspolizeibehörde befindlichen Mitglieder einem gewissen größeren, örtlich nicht begrenzten Verein beigetreten sind, als entscheidende Grundlage für die Beurtheilung, ob diese Mitglieder einen Verein unter sich im gesetzlichen Sinne bilden, anerkannt werden kann;

Daß es vielmehr für die Prüfung, ob ein politischer Verein an einem gewissen Orte sich gebildet hat, der Behörde gegenüber nur darauf ankommt, ob thatsächlich an demselben sich in der oben angegebenen Weise eine Mehrzahl von Personen vereinigt hat, um an diesem Orte oder von demselben aus in einem mehr oder weniger bestimmten Umkreise auf öffentliche Angelegenheiten einzuwirken;

Daß eine jede hiernach als Verein anzuerkennende Verbindung, wenn sie politische Gegenstände in Versammlungen erörtern will, namentlich dem Verbote des §. 8 b des Vereinsgesetzes und ihre Leiter im Falle der Zuwiderhandlung der Strafbestimmung des §. 17 ebend. unterliegt;

Daß es deshalb insbesondere bezüglich der Anwendbarkeit der §§. 8 b und 16 auf den vorliegenden Fall unerheblich erscheint, ob die unter der

Digitized by Google

Aegide des Mainzer Katholikenvereins sich an den verschiedenen Orten diesem Vereine anschließenden Mitglieder statutenmäßig nur als Mitglieder des einen großen, in Mainz residirenden Vereins erscheinen, und nach der diesem Vereine in seinem Statute gegebenen Organisation formell als solche anerkannte Zweigvereine oder mit einer gewissen Selbstständigkeit bekleidete Abtheilungen des Hauptvereins nicht bestehen;

Daß es in dieser Richtung auch Nichts erhebt, ob die in einem mehr oder minder bestimmt abgegrenzten Bezirk wohnenden Mitglieder bei ihrer durch die Erörterung politischer Gegenstände in Versammlungen innerhalb jenes Bezirks sich bethätigenden Wirksamkeit ohne eigene Initiative lediglich nach den speziellen Anordnungen und unter der Leitung eines außerhalb residirenden Centralorgans handeln;

Daß der §. 8 b cit., wie sich aus den ihm zum Grunde liegenden Verhandlungen der gesetzgebenden Faktoren ergibt, den Zweck hat, die Thätigkeit der politischen Vereine zu lokalisiren, überhaupt eine jede förmliche Organisation der politischen Vereine unter sich, durch welche neben der geordneten Regierung sich eine zweite bilde, jede Centralisirung solcher Vereine zu einem großen konsolidirten und organisirten Ganzen zu verhindern, dessen Gefährlichkeit gerade in der Beherrschung der affiliirten Vereine durch das Centralorgan, also in der Unselbstständigkeit der ersteren gefunden wurde;

Daß von diesem Gesichtspunkte aus durch die dem Gesetze gegebene umfassende Ausdrucksweise auch jede, auf eine solche Centralisirung der einzelnen Vereinsorgane oder Abtheilungen gerichtete Organisation, in welche statutenmäßige Formen sie auch eingekleidet sein möge, mithin auch eine solche getroffen wird, durch welche den einzelnen, ihre Wirksamkeit in örtlichen Versammlungen bethätigenden Theilen eines größeren Ganzen die vom Anklage-Senat vermißte Selbstständigkeit nicht gewährt ist;

Daß der Anklage-Senat daher, indem er im Widerspruch hiermit die Frage, ob ein der Beschränkung des §. 8 b unterliegender politischer Verein sich in Trier gebildet hat, von der Feststellung einer selbstständigen statutenmäßigen Organisation eines solchen oder von dem selbstständigen, nicht durch die Anordnungen des Mainzer Vorstandes bedingten Abhalten von Versammlungen abhängig macht, den §. 8 b des Vereinsgesetzes durch unrichtige Auslegung verletzt hat, und das ergangene Urtheil daher der Cassation anheim fallen muß;

Daß aber in der Sache selbst zur Zeit nicht erkannt werden kann da, abgesehen davon, daß der Anklage-Senat sich über die thatsächliche Frage, ob der Mainzer Katholikenverein beziehungsweise die ihm zu Trier beigetretenen Personen bezwecken, öffentliche Angelegenheiten in Versammlungen zu erörtern, bisher nicht ausgesprochen hat, es zunächst noch einer anderweitigen Erörterung und Entscheidung nach den obigen, sich bei richtiger Gesetzesauslegung ergebenden Grundlagen bedarf, ob hinreichende Anzeigen dafür vorliegen, daß sich in Trier in dem oben entwickelten Sinne des Gesetzes ein in Versammlungen den Zweck des Mainzer Vereins verfolgender Verein gebildet hat, daß derselbe in eine dem §. 8 b cit. widersprechende Verbindung mit anderen Vereinen gleicher Art getreten, und daß der Beschuldigte Leiter des in Trier gebildeten Vereins ist;

Digitized by Google

Aus diesen Gründen

cassirt das Königl. Ober-Tribunal, II. Abtheilung des Senats für Strafsachen, das Urtheil des Anklage-Senats des Königl. Appell.-Ger.-Hofes zu Köln vom 27. Juni 1873 und verordnet die Beischreibung dieses Urtheils am Rande des vernichteten; verweist sodann die Sache selbst vor den zu diesem Zweck aus anderen Mitgliedern zu bildenden Anklage-Senat zur anderweitigen Entscheidung zurück.

Sitzung vom 7. Oktober 1873.

Ref.: H. G. O.-Tr.-Rath von Holleben.

Concl.: H. Gen.-St.-Anwalt Wever.

Eisenbahn. — Deklaration des Interesses an rechtzeitiger Lieferung. — Beweis des entstandenen Schadens.

Durch die in Gemäßheit des Art. 427 Nr. 2 des H.-G.-B. geschehene Feststellung des Interesses an der rechtzeitigen Lieferung seiner Höhe nach ist nicht das Quantum des von der Eisenbahn für die Verspätung zu leistenden Ersatzes im Voraus vertragsmäßig fixirt, sondern nur die Maximalgränze der Haftbarkeit der Eisenbahn gezogen, und daher der Versender von der Pflicht, den Schaden, für welchen innerhalb jener Gränze Ersatz gefordert wird, nachzuweisen, nicht entbunden. Der §. 25 des Eisenbahn-Betriebs-Reglements gibt nur diesen richtigen Sinne des Art. 472 Nr. 2 wieder und stellt keinen neuen Grundsatz auf.

Bergisch-Märkische Eisenbahn-Gesellschaft — Handlung Caspar Floering Sohn.

Die Handlung Floering Sohn hat wider die Bergisch-Märkische Eisenbahn-Gesellschaft bei dem Königl. Handelsgerichte zu Barmen einen Betrag von 50 Thalern eingeklagt und diesen Anspruch darauf gestützt, daß der beklagten Eisenbahn in Düsseldorf ein Ballen Twist zur Beförderung an die Klägerin aufgegeben, das Interesse für rechtzeitige Lieferung auf 50 Thlr. deklarirt worden, die Lieferung aber nicht rechtzeitig vielmehr 5 Tage zu spät erfolgt sei.

Für die Eisenbahn-Gesellschaft ist erwidert worden: die zur Begründung der Klage angeführten Thatsachen seien richtig; es sei die Verspätung eine Folge der bekannten Verkehrsstockungen gewesen, dolus sei nicht vorhanden, deshalb müsse der Schaden zuvörderst nachgewiesen werden.

Das Handelsgericht hat nach dem Klageantrag erkannt:

weil die Beklagte die Ueberschreitung der Lieferungszeit zugebe, das Interesse der rechtzeitigen Lieferung mit 50 Thlrn. versichert gewesen, die Beklagte unter diesen Umständen nicht berechtigt sei, den Nachweis eines Schadens zu verlangen, sich auch nicht auf die

Digitized by Google

allerdings bekannten Verkehrsstockungen stützen könne, da es ihr freigestanden habe, die Versicherung mit Rücksicht darauf abzulehnen.

Die Eisenbahn-Direktion hat gegen das am 21. Juni 1872 erlassene Urtheil den Cassationsrecurs ergriffen. Es sind drei Cassationsmittel geltend gemacht und, wie folgt, zu begründen versucht:

1. Verletzung der Art. 332, 358, 359, 393, 402 des Rhein. H.-G.-B. und des Art. 1315 des B. G.-B.

Da das Handelsgericht den in Rede stehenden Nebenvertrag über deklarirtes Interesse u. s. w. als einen Versicherungsvertrag ansehe, über derartige Verträge aber das Deutsche Handelsgesetzbuch nur in beschränktem Maaße Bestimmungen enthalte, so kämen die im Code de commerce enthaltenen Rechtssätze in Betracht. Aus deren Zusammenhang ergebe sich, daß eine Versicherung nicht zur Bereicherung des Versicherten führen, und den Versicherer nur verpflichten dürfe, den hinsichtlich des versicherten Gegenstandes wirklich erwachsenen Schaden zu ersetzen. Deshalb müsse der Versicherte seinen Schaden substantiiren und nöthigenfalls beweisen. Deshalb sei im vorliegenden Falle die Klägerin zur Erhebung der Versicherungssumme nur insoweit berechtigt gewesen, als sie eine durch die Verspätung erlittene Schädigung habe darlegen können. Die deklarirte Summe habe nur die Schätzung des möglichen Schadens repräsentirt und dafür die Maximalgränze gezogen. Der Richter habe daher von der Klägerin Beweis über den Schaden erfordern müssen und verletze, indem er dies unterlassen, die angezogenen Gesetze. Seine Entscheidung wäre nur aufrecht zu erhalten, wenn er eine Vereinbarung über Conventionalstrafe festgestellt hätte.

2. Verletzung der Art. 397, 427 Nr. 2 des Deutschen H.-G.-B., des §. 25 des Eisenbahn-Betriebs-Reglements vom 10. Juni 1870 und des Art. 1786 des B. G.-B.

Diese gesetzlichen Bestimmungen seien diejenigen, unter welche der Instanzrichter den Fall hätte subsummiren müssen. Sie seien durch Nichtanwendung verletzt. Nach ihnen hafte der Frachtführer für den „nachzuweisenden Schaden". Dieser Schaden sei hinsichtlich der Eisenbahnen mit einem Normaltarif versehen, über welchen hinaus die Eisenbahn nur dann hafte, wenn ein besonderes Interesse an der Rechtzeitigkeit der Lieferung deklarirt sei. Allein auch diese Deklaration setze nicht eine Conventionalstrafe, sondern stelle nur eine abweichende Maximalgränze für den Ersatz des Schadens auf, dessen Darlegung sie dem deklarirenden Absender keineswegs abnehme. Dieser Character der Deklaration sei im §. 25 alinea 3 des Betriebs-Reglements ausdrücklich festgestellt. Letzteres habe vim legis. Wenn auch nicht Ausfluß der gesetzgebenden Gewalt, habe es doch eine gewisse staatliche Autorität. Die Reichsgewalt würde Abweichungen entsprechenden Falles nicht dulden. Die Justiz dürfe daher dem Reglement den Character einer bindenden Vorschrift nicht absprechen. Unter der Herrschaft des französischen Rechtes sei es (auch durch cassirende Entscheidungen des höchsten Gerichtshofes) anerkannt, daß den Tarifen und Reglements der großen öffentlichen Verkehrsanstalten dem Gesetze gleichlautende Kraft beiwohne.

3. Eventuell Verletzung des Art. 279 des Deutschen H.-G.-B., Art. 1134 des B. G.-B.

Der Instanzrichter habe eventuell insofern gefehlt, als er nicht annehme,

Digitized by Google

daß die Parteien dahin übereingekommen daß die Deklaration eine Maximalgränze für den wirklichen Schaden enthalte.

Für die Cassationsbeklagte ist erwidert:

1. Von einer Anwendbarkeit der aus dem Seerecht entlehnten Bestimmungen könne keine Rede sein, weil es sich um einen Landtransport handle. Der Instanzrichter habe überdies gar nicht angenommen, der Versicherte habe hier einen Gewinn gemacht und habe den erlittenen Schaden überhaupt nicht nachzuweisen. Er habe nur entschieden, daß unter den obwaltenden Umständen Klägerin ihren Schaden nicht nachzuweisen habe, weil die Parteien vertragsmäßig das Interesse der verspäteten Lieferung auf 50 Thlr. geschätzt hätten. Ob man darin eine Conventionalstrafe erblicke, sei gleichgültig. Das Interesse entziehe sich seiner Natur nach einer objektiven Beurtheilung, deshalb werde in der Regel der Weg der Vereinbarung dafür gewählt. Der Entscheidungsgrund des vorigen Richters entziehe sich um so mehr der Anfechtung, als die Einrede der Beklagten nur dahin gegangen sei, die Verspätung sei eine Folge der Verkehrsstockungen und durch keinerlei dolus verursacht gewesen. Hierin habe aber kein Grund liegen können, der Klägerin einen ihr sonst nicht obliegenden Beweis aufzubürden.

2. Die obigen Gründe erledigten auch den zweiten Angriff. Zudem habe die Beklagte sich gar nicht auf die Vorschriften des H.-G.-B. über den Normalsatz und das Betriebs-Reglement berufen. Der Angriff sei deshalb ein unzulässiges Novum. Die Vorschriften des Art. 427 des H.-G.-B. und des Betriebs-Reglements seien auch nicht allein entscheidend. Die Beklagte habe noch darzuthun, daß sie einen Vertrag mit der Klägerin geschlossen habe, wodurch ihre Haftpflicht auf ein bestimmtes Maaß reducirt worden. Das Betriebs-Reglement könne keine neuen Grundsätze über die Beweispflicht des Entschädigungsberechtigten aufstellen. Die Schätzung des Interesses im Frachtbriefe sei maaßgebend, höchstens könne der Eisenbahn ein Gegenbeweisrecht zustehen.

3. Die Beklagte habe gar nicht eingewendet, daß die Deklaration üblicherweise die Maximalgränze für den Schadenersatz bilde. Es sei dies auch nicht der Fall. Das Interesse an rechtzeitiger Lieferung werde eben so häufig förmlich geschätzt. Diese Schätzung sei dann maaßgebend. So habe das Handelsgericht die Sache hier aufgefaßt.

Für die Cassationsklägerin ist beantragt: das angefochtene Urtheil zu vernichten, die Rückgabe der Succumbenzgelder zu verordnen, der Cassationsbeklagten die Kosten zur Last zu legen, zur Sache selbst die Klage kostenfällig abzuweisen;

für den Cassationsbeklagten: den Recurs als unbegründet mit den Kosten zu verwerfen.

Urtheil:

J. E., daß das Handelsgericht, ohne der Klägerin den Beweis eines erlittenen Schadens aufzuerlegen, die Eisenbahn-Gesellschaft dem Klageantrage gemäß verurtheilt und diese Entscheidung lediglich darauf gegründet hat:

daß sie (Klägerin oder Beklagte) das Interesse der rechtzeitigen Lieferung mit 50 Thlrn. versichert habe;

Daß mit diesem Ausdrucke das Handelsgericht erkennbar nichts Anderes hat feststellen wollen, als daß unter den Parteien in Folge einer von dem Versender abgegebenen Deklaration in Betreff des Interesses der verspäteten Ablieferung die im Art. 427 des H.-G.-B. gestattete Vereinbarung getroffen worden ist;

Digitized by Google

Daß diese an sich nahe liegende Auffassung wesentlich unterstützt wird durch die Klagebegründung, auf welcher die Feststellung augenscheinlich fußt, welche dahin ging, daß der Eisenbahn ein Ballen zur Beförderung übergeben, und das Interesse für rechtzeitige Lieferung auf 50 Thlr. deklarirt worden sei, und für welche Klägerin sich auf den Frachtbrief bezog, der durch seine gesetzlich vorgeschriebene Fassung und die Hinverweisung auf §. 25 des Betriebs-Reglements jeden Zweifel über den Sinn und die Wirkung der Interesse-Deklaration ausschließt;

Daß, wenn von dieser Auffassung der richterlichen Feststellung ausgegangen werden muß, die von dem Handelsgerichte gezogene Consequenz, daß die Beklagte nicht berechtigt sei, den Nachweis eines Schadens zu verlangen, sich gesetzlich nicht rechtfertigen läßt;

Daß nach Art. 397 des H.-G.-B. der Frachtführer bei verspäteter Ablieferung des Gutes, wenn er nicht beweist, daß er die Verspätung durch Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers nicht habe abwenden können, für den durch die Versäumung der Lieferungszeit entstandenen Schaden haftet;

Daß der Absender nach allgemeinen Grundsätzen diesen Schaden beweisen, beziehungsweise die Momente darlegen muß, nach welchen die Höhe desselben zu ermessen ist;

Daß an diesen Grundsätzen auch dadurch Nichts geändert wird, wenn die Parteien in Gemäßheit des Art. 427 Nr. 2 des H.-G.-B. das Interesse an der rechtzeitigen Lieferung seiner Höhe nach feststellen, da solche Feststellung nur die Maximalgränze der Haftbarkeit der Eisenbahn zieht, nicht das Quantum des von ihr für die Verspätung zu leistenden Ersatzes im Voraus vertragsmäßig fixirt, daher den Versender von der Pflicht, den Schaden, für welchen innerhalb der gezogenen Gränzen Ersatz gefordert wird, nachzuweisen, nicht entbindet;

Daß, wenn der §. 25 des Betriebs-Reglements dies mit den Worten ausdrückt: daß die Eisenbahn bis höchstens zu dem Betrage der deklarirten Summe den nachgewiesenen Schaden zu vergüten verpflichtet sei, damit kein neuer Grundsatz aufgestellt, sondern nur der richtige Sinn des Art. 427 des H.-G.-B. wiedergegeben wird;

Daß hieraus folgt, daß das Handelsgericht durch seine Entscheidung, daß die Beklagte unter den obwaltenden Umständen nicht berechtigt sei, den Nachweis eines Schadens zu verlangen, den Art. 427 Nr. 2 des H.-G.-B. unrichtig angewendet und den Art. 1315 des B. G.-B in Verbindung mit Art. 397 des H.-G.-B. verletzt hat;

Aus diesen Gründen

cassirt das Reichs-Ob.-H.-G., zweiter Senat, das Urtheil des Königl. Preuß. Handelsgerichtes zu Barmen vom 21. Juni 1872, verordnet die Beischreibung des gegenwärtigen Urtheils am Rande des cassirten, sowie die Rückgabe der hinterlegten Succumbenzgelder, legt der Cassationsbeklagten die Kosten des gegenwärtigen Verfahrens zur Last und verweist die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Königl. Preuß. Handelsgericht zu Elberfeld.

Urtheil des R.-Ob.-H.-G. vom 22. Oktober 1873.

Ref.: H. R.-Ob.-H.-G.-Rath Dr. Schmitz.

Concl.: H. R.-Ob.-H.-G.-Rath Dr. von Hahn.

Advokaten: Horch — Mecke.

Digitized by Google

In gleichem Sinne entschied das R.-Ob.-H.-G. durch Urtheil vom selben Tage in Sachen der Bergisch-Märkischen Eisenbahn-Gesellschaft wider die Handlung Goetze und Staerk zu Aachen unter Vernichtung eines Urtheils des Königl. Handelsgerichts zu Aachen vom 14. Oktober 1872.

Zinsen. — Schadensersatz-Forderung aus einer rechtswidrigen Handlung.

Der Art. 1153 des B. G.-B., wonach Zinsen in der Regel nur vom Tage der Klage verlangt werden können, bezieht sich nur auf Geldforderungen aus Vertragsverhältnissen und findet keine Anwendung auf die nach Art. 1382 des B. G.-B. zu beurtheilenden Verpflichtungen aus rechtswidrigen Handlungen.

Gemeinde Eschweiler — Eschweiler-Gesellschaft für Bergbau und Hütten.

Am 30. März 1864 erhob die Gemeinde Eschweiler gegen die zu Eschweiler domizilirte Gesellschaft für Bergbau und Hütten Klage zum Königl. Landgerichte in Aachen mit der Behauptung, daß der ihr gehörige Gemeindewald durch die Ausströmung der in dessen Nähe gelegenen, von der Verklagten betriebenen Zinkhütte „Birkengang" beschädigt worden und fortwährend beschädigt werde, und mit dem Antrage auf Feststellung des bereits entstandenen Schadens durch Sachverständige und Verurtheilung der Verklagten zu dessen Ersatz.

Nach Einholung eines Gutachtens von Sachverständigen verurtheilte das Königl. Landgericht durch Erkenntniß vom 6. Mai 1871 die Verklagte zu einem Schadensersatze von 19,311 Thlr. 17 Sgr. 6 Pfg. nebst Zinsen seit dem Tage der Klage.

Auf die Berufung der Verklagten setzte der Appell.-Ger.-Hof zu Köln durch Urtheil vom 26. Oktober 1872 diese Verurtheilung auf die Summe von 18,597 Thlr. 7 Sgr. 4 Pfg. nebst Zinsen seit dem Tage der Klage herab.

In der in der ersten Instanz zuerkannten Schadensersatzsumme waren die Mindererträge, welche die in den Jahren 1857 bis zur Klage im Jahre 1864 in dem klägerischen Walde ausgeführten Holzschläge ergeben hatten, nebst Zinsen zu 5 Prozent der für jedes einzelne Jahr berechneten Kapitalentschädigungssumme von da ab bis zum Tage der Klage begriffen, und betrugen diese Zinsen im Ganzen 655 Thlr. 20 Sgr. 10 Pfg. Die Ermäßigung der Verurtheilung erster Instanz durch den Appell.-Ger.-Hof beruhte unter Anderm darauf, daß er die gedachte Zinsenforderung als unbegründet in Wegfall brachte. Die hierauf bezüglichen Motive lauten:

> J. E., daß Appellatin auf Grund des Experten-Gutachtens außer den von diesen evaluirten, durch die Schuld der Appellantin herbeigeführten Mindererträgen, welche die in den Jahren 1857 bis zur Klage im Jahre 1864 vorgenommenen Holzschläge ergeben haben, auch von diesen einzelnen jährlichen Kapitalschadenssummen noch Zinsen bis zum Tage der Klage verlangt, ausmachend zusammen 655 Thlr. 20 Sgr. 10 Pfg.;

Digitized by Google

Daß der Entschädigungsanspruch der Appellatin, soweit er, als an die Stelle der nicht stattgehabten Nutzungen tretend, von ihr selbst bezeichnet wird, eine Geldforderung bildet, deren widerrechtliche Vorenthaltung seit der Zeit ihrer Fälligkeit zwar die Appellantin nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zum Schadenersatz verpflichten würde;

Daß aber der Art. 1153 des B. G.-B., während er einerseits einen solchen Schadensersatz auf die Zinsen der schuldigen Summe, ohne daß der dazu berechtigte Gläubiger verpflichtet wäre, irgend einen Verlust nachzuweisen, beschränkt wissen will, andererseits auch verfügt, daß diese Zinsen in der Regel und abgesehen von den gesetzlichen Ausnahmefällen nur erst dann und von da ab sollen gefordert werden können, wo der Schuldner durch die Klage auf Zahlung des Kapitals in Verzug gesetzt worden ist;

Daß daher und da einer der gesetzlichen Ausnahmefälle hier nicht vorliegt, der Anspruch auf Zinsen vor Anstellung der Klage, wie er erhoben ist, als unter die Bestimmung des Art. 1153 cit. fallend und Mangels einer gesetzlich erforderlichen Inverzugsetzung als hinfällig erachtet werden muß;

Daß demnach das angegriffene Urtheil, soweit es den obigen Betrag von 655 Thlr. 20 Sgr. 10 Pfg. zugesprochen hat, nicht gerechtfertigt erscheint.

Gegen dieses Urtheil hat die Klägerin den Cassationsrekurs ergriffen und zwar lediglich aus dem Grunde, weil sie mit dem gedachten Zinsenposten von 655 Thlr. 20 Sgr. 10 Pfg. abgewiesen worden, während sie die weitere Ermäßigung der Verurtheilung erster Instanz um 57 Thlr. 19 Sgr. 4 Pfg. als begründet anerkannt.

Es wird Verletzung der Art. 1149, 1153, 1155 und 1382 des B. G.-B. behauptet und ausgeführt: Es handle sich im vorliegenden Falle um den Ersatz eines Schadens, welcher durch eine widerrechtliche Handlung zugefügt sei, Art. 1382 des B. G.-B. Kein Gesetz verhindere bei Zuerkennung eines solchen Schadensersatzes, der in der Vergütung des unmittelbaren Verlustes und des entzogenen Gewinnes bestehe, den durch die Vorenthaltung von Nutzungen einer Sache entzogenen Gewinn den Zinsen der zu Geld veranschlagten Nutzungen gleich zu achten und demnächst in der Form einer Zinsenberechnung zu liquidiren und zuzusprechen. Die Art. 1153 und 1155 des B. G.-B. handelten nur von dem Verzuge in der Abführung schuldiger Geldsummen und Zinsen oder zu erstattender Früchte, nicht aber von dem Ersatze des durch eine rechtswidrige Handlung zugefügten Schadens. Die Bestimmung dieser Artikel, daß Zögerungszinsen erst vom Tage der Klage ab gefordert werden könnten, finde daher auf compensatorische Zinsen der hier in Rede stehenden Art, welche einen Theil des Schadensersatzes bildeten, keine Anwendung. Der Schaden sei unzweifelhaft, weil der Wald in regelmäßige Jahresschläge eingetheilt sei, die in Folge der Beschädigung in jedem Jahre so viel weniger erbracht und die Gemeinde gezwungen hätten, durch Steuern oder durch Creirung von Schulden oder durch Unterlassung der Abtragung von Schulden den Ausfall zu ersetzen.

Es wird Bezug genommen auf ein Urtheil des Königl. Ober-Tribunals vom 24. April 1854. Rhein. Archiv Bd. 54 II A. 77.

Der Antrag des Cassationsklägers geht dahin, das Urtheil des Rhein. Appell.-Ger.-Hofes zu Köln vom 26. Oktober 1872 zu cassiren,

Digitized by Google

die Rückgabe der hinterlegten Strafgelder zu verordnen und der Cassationsverklagten die Kosten dieses Verfahrens zur Last zu legen; demnächst in der Sache selbst das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Aachen vom 6. Mai 1871 nur dahin zu reformiren, daß die ausgesprochene Condemnationssumme von 19,311 Thlr. 17 Sgr. 6 Pfg. auf 19,253 Thlr. 28 Sgr. 2 Pfg. nebst 5 Prozent Zinsen seit dem 30. März 1864 herabzusetzen, im Uebrigen die eingelegte Berufung zu verwerfen und die Kosten nach einem angemessen erscheinenden Verhältnisse zu vertheilen.

Für die Cassationsverklagte hat sich der gehörigen Vorladung ungeachtet kein Anwalt bestellt und ist eine Exceptionsschrift nicht eingereicht worden.

Urtheil:

In. E., daß die Cassationsverklagte, ungeachtet ihr der Cassationsrekurs mit Vorladung unter dem 11. Juni dieses Jahres gehörig zugestellt worden, dem Anwalte der Cassationsklägerin bis jetzt eine Erwiderungsschrift nicht hat zustellen lassen, noch auf dem Sekretariate des Königl. Ober-Tribunals hinterlegt hat, daher in contumaciam gegen sie zu verfahren ist;

In. E. zur Sache, daß die Klage, wie auch der Appell.-Ger.-Hof nicht verkannt, eine auf den Art. 1382 des B. G.-B. gestützte Schadensersatzforderung aus widerrechtlichen Handlungen der Cassationsverklagten zum Gegenstande hatte und auch die Zinsen der Geldsumme, welche der Cassationsklägerin als Ersatz für die Mindererträge der jährlichen Waldnutzungen während der Jahre 1857 bis 1864 in erster Instanz zuerkannt worden waren, einen Theil jener Schadensersatzforderung bildeten;

Daß der Appell.-Ger.-Hof die gedachte Zinsenforderung lediglich aus dem Grunde zurückgewiesen hat, weil es eine Geldforderung sei, und nach Art. 1153 des B. G.-B. bei Verbindlichkeiten, die sich auf die Zahlung einer bestimmten Geldsumme beschränken, die den Schadensersatz wegen verzögerter Erfüllung vertretenden gesetzlichen Zinsen in der Regel nur vom Tage der Klage an gefordert werden können;

Daß der Appell.-Ger.-Hof jedoch hierbei verkannt hat, daß der bezogene in der Lehre von den Verträgen stehende Artikel nur aus einem Vertragsverhältnisse entsprungene Verbindlichkeiten im Auge hat und ebensowenig wie die Bestimmungen des betreffenden Abschnitts des B. G.-B. über die mora überhaupt auf die nach Art. 1382 ibid. zu beurtheilenden Verpflichtungen aus rechtswidrigen Handlungen Anwendung findet;

Daß der durch solche Handlungen verursachte Schaden gemäß dem citirten Artikel von dem Urheber dem Beschädigten vollaus zu ersetzen ist, und in dem hier vorliegenden Falle, wenn der Schaden in der Verminderung der jährlichen Nutzungen eines Grundstücks besteht, zum vollen Ersatz auch die Entschädigung für die Entbehrung des entzogenen jährlichen Mehrbetrags der Nutzungen gehört;

Daß es auch keiner gesetzlichen Bestimmung widerspricht, die letztgedachte Entschädigung in der Form von Zinsen der in Geld veranschlagten Differenzsumme zwischen den zu beziehen gewesenen und wirklich bezogenen Nutzungen von jedem einzelnen Nutzungsjahre ab zuzubilligen;

Daß der Appell.-Ger.-Hof daher, indem er die in Rede stehende Schadensersatzforderung, wie geschehen, zurückwies, den Art. 1153 des B. G.-B. unrichtig angewandt und den Art. 1382 ibid. verletzt hat, und demnach sein Urtheil, soweit es sich auf diesen Posten der Schadensliquidation bezieht, der Vernichtung unterliegt;

Digitized by Google

Aus diesen Gründen

vernichtet das Königl. Ober-Tribunal, fünfter Civilsenat (Rhein. Senat), in contumaciam gegen die Cassationsverklagte erkennend, das Urtheil des Rhein. Appell.-Ger.-Hofes zu Köln vom 26. Oktober 1872;

Verordnet die Beischreibung dieses Urtheils am Rande des vernichteten und die Rückgabe der hinterlegten Succumbenzgelder und legt der Cassationsverklagten die Kosten dieses Verfahrens zur Last, und

In der Sache selbst erkennend:

In E., daß nach der obigen Ausführung der Anspruch der Klägerin auf Ersatz des Schadens dafür, daß sie durch die Schuld der Verklagten jährlich nur geringere Nutzungen von ihrem Walde bezogen und daher den naturgemäßen höheren Nutzungsertrag habe entbehren müssen, gerechtfertigt ist, und das Königl. Landgericht in Uebereinstimmung mit dem Gutachten der Sachverständigen diesen Ersatz angemessen in der Weise gewährt hat, daß es der Klägerin Zinsen zu 5 Prozent der in Geld veranschlagten Mindererträge der einzelnen Nutzungsjahre von diesem ab zuerkannte;

Daß daher die Berufung, soweit sie den gedachten Entschädigungsposten betrifft, zu verwerfen ist;

Daß die Cassationsklägerin dagegen nunmehr zugesteht, daß der erste Richter in Folge eines Rechnungsfehlers die zuerkannte Gesammtentschädigung um 57 Thlr. 19 Sgr. 4 Pfg. zu hoch bemessen hat und sein Urtheil daher in sofern abzuändern ist;

Aus diesen Gründern

ändert das Königl. Ober-Tribunal, fünfter Civilsenat (Rhein. Senat), das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Aachen vom 6. Mai 1871 dahin ab, daß die der Klägerin dadurch zuerkannte Summe von 19,311 Thlr. 17 Sgr. 6 Pfg. auf 19,253 Thlr. 28 Sgr. 2 Pfg., nebst Zinsen zu 5 Prozent seit dem Tage der Klage, 30. März 1864, herabgesetzt wird; verwirft im Uebrigen die eingelegte Berufung u. s. w.

Sitzung vom 4. November 1873.

Ref.: H. Geh. Ob.-Tr.-Rath Weyers.

Concl.: H. Ob.-St.-Anwalt Dr. Oppenhoff.

Advokat: Dorn.

Compensation. — Cession. — Créance postérieure. Art. 1295 B. G.-B.

Durch die Cession einer Forderung verliert der Schuldner nicht das Recht, eine Gegenforderung, welche früher als die cedirte Forderung fällig wird, zur Compensation zu bringen.

Unter einer créance postérieure, welche Art. 1295 B. G.-B. von der Compensation ausschließt ist daher eine Forderung nicht zu verstehen, welche vor Zustellung der Cession entstanden und erst nach derselben, jedoch früher als die cedirte Forderung fällig geworden ist.

Digitized by Google

Buderus — Grouven.

Der Hüttenbesitzer Friedrich Buderus zu Andenschmiede bei Weilburg verschuldete laut notariellen Vertrags vom 7. März 1868 dem Kaufmann Joseph Grouven zu Köln für angekaufte Grundstücke einen Restbetrag von 3000 Thlrn., welcher spätestens am 1. März 1870 bezahlt und bis dahin mit 5 Prozent verzinst werden sollte. Zugleich war bestimmt, daß die Zahlung zu Händen und in der Wohnung des Joseph Grouven oder seines rechtmäßigen Stellvertreters, in grobem Courant, zwar ohne Abzug und kostenfrei, jedoch unter Gestattung etwaiger Compensationen zu geschehen habe.

Durch notarielle Cession vom 4. April 1868 übertrug Joseph Grouven die Forderung an seinen Vater, den Rentner Werner Grouven, und erfolgte die Zustellung dieser Cession an den Schuldner am 20. April 1868. Da bis zum 1. März 1870 die Zahlung nicht erfolgt war, so ließ der Cessionar Werner Grouven durch Gerichtsvollzieherakt vom 26. April 1870 dem Schuldner einen Zahlungsbefehl wegen des Kapitals und der Zinsen seit dem 1. März 1869 zustellen.

Buderus erhob Einspruch, indem er behauptete, daß die Forderung durch Compensation getilgt sei. Er stützte diese Behauptung darauf, daß ihm der Cedent Joseph Grouven laut Kaufakts vom 7. September 1865 eine, spätestens am 7. September 1868 zurückzuzahlende Summe von 5000 Thlrn. nebst Zinsen seit dem 7. September 1865 verschulde.

Das Landgericht zu Köln erklärte durch Urtheil vom 29. November 1871 den Einspruch für begründet und hob den Zahlungsbefehl auf, indem es annahm, daß durch die gedachte Nebenabrede in dem Akte vom 7. März 1868 die Compensation der beiden Forderungen ungeachtet ihrer ungleichmäßigen Fälligkeit vereinbart und somit auch dem Cessionar gegenüber statthaft sei.

Auf die hiergegen von dem Opponsiten eingelegte Berufung erkannte der Rhein. Appell.-Ger.-Hof durch Urtheil vom 14. Januar 1873 reformatorisch und verwarf den gegen den Zahlungsbefehl erhobenen Einspruch als unbegründet, indem er annahm, daß eine Compensation der fraglichen Forderungen weder nach den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen eingetreten sei, noch auf Grund der Stipulation in dem Kaufvertrage vom 7. März 1868 geltend gemacht werden könne. In ersterer Beziehung lauten die Motive des Urtheils, soweit sie hier interessiren, wie folgt:

> J. E., daß Inhalts des Kaufaktes vom 7. März 1868 der von dem Appellaten an Joseph Grouven verschuldete Restkaufpreis von 3000 Thlrn. längstens bis 1. März 1870, und Inhalts des Schuldbekenntnisses vom 7. September 1865 der von Joseph Grouven an den Appellaten verschuldete Betrag von 5000 Thlr. längstens in 3 Jahren, also am 7. September 1868 bezahlt werden sollte;
>
> Daß also am 4. April 1868, an welchem Tage laut Cessionsaktes vor Notar Claissen dahier die Forderung des Joseph Grouven auf den Appellanten eigenthümlich übergegangen sein soll, weder diese, noch die Gegenforderung des Appellaten einforderbar war, und daher auch bis zu jener Zeit eine Compensation der beiden Forderungen gemäß der Vorschrift des Art. 1291 des B. G.-B. nicht hatte eintreten können;
>
> Daß eine solche Compensation aber auch nachdem nicht mehr eintreten konnte, da die Zustellung der Cessionsurkunde an den Appellaten am 20. April 1868 erfolgte, von da an aber jede Compensation der erst später fällig werdenden Forderung ausgeschlossen war, indem zu

Digitized by Google

den créances postérieures des Art. 1295 des B. G.-B. nach richtiger Auslegung dieses Artikels auch diejenigen Forderungen zu rechnen sind, welche, wenn auch zur Zeit der Zustellung der Cession schon existent, doch erst nach derselben zur Compensation tauglich werden.

Gegen dieses Urtheil hat der Opponent Buderus den Cassationsrekurs ergriffen und als Cassationsmittel Verletzung des Art. 1295 Absatz 2 des B. G.-B. geltend gemacht Sein Antrag geht dahin:

das Urtheil zweiter Instanz zu cassiren, die Rückgabe der hinterlegten Succumbenzgelder zu verordnen und dem Cassationsverklagten die Kosten des Verfahrens zur Last zu legen, demnächst in der Sache selbst die Berufung von dem Urtheile des Königl. Landgerichts zu Köln vom 20. November 1871 mit Strafe und Kosten zu verwerfen.

Zur Rechtfertigung wird hervorgehoben: der Appellhof gehe davon aus, daß zu den créances postérieures auch diejenigen Forderungen gerechnet werden müssen, welche, wenn gleich zur Zeit der Zustellung der Cession schon existent, doch erst nach dieser Zeit zur Compensation tauglich würden.

Diese Auffassung sei nicht gerechtfertigt. Der Art. 1295 Absatz 2 verstehe unter „créances postérieures à cette notification" solche Forderungen, welche überhaupt erst nach der Zustellung der Cession entstehen. Die Fälligkeit interessire in dieser Hinsicht nicht; sie brauche nur in dem Zeitpunkte vorhanden zu sein, wo das Recht der Compensation durch Klage oder Einrede geltend gemacht werde. Der cedirte Schuldner, welcher den Cessionar nicht ausdrücklich als Gläubiger angenommen habe, solle durch die Cession in seinen unbedingten und bedingten Rechten keine Schmälerung erleiden; zu den letzteren aber gehöre das eventuelle Compensationsrecht, welches mit der eintretenden Fälligkeit der beiderseitigen Forderungen ausübbar werde. Der Ausdruck „créance postérieure" beziehe sich nach seinem Wortlaute und nach seinem Sinne nicht auf irgend eine Beschaffenheit der Gegenforderung (ob sie liquide oder fällig sei); es könne damit nur der Zeitpunkt der Entstehung der Forderung gemeint sein. Der Gegensatz sei die „créance antérieure," also eine Forderung, die bereits bestehe, gleichviel ob sie liquide und fällig sei. Diese Requisite kämen erst bei der Ausübung des Compensationsrechts in Betracht, gerade wie sie auch bei dieser Gelegenheit in Betracht kommen, wenn überhaupt keine zugestellte Cession in der Mitte liege. Da nun am 20. April 1868 die Forderung des Opponenten längst existent, und zur Zeit der Zustellung des Zahlungsbefehls am 26. April 1870 beide Forderungen fällig gewesen, so hätte Art. 1295 Absatz 2 den Oppositen verpflichtet, sich die Forderung des Opponenten in Aufrechnung bringen zu lassen.

Der Cassationsverklagte hat beantragt:

den Cassationsrekurs als unbegründet zu verwerfen und dem Cassationskläger die Kosten zur Last zu legen.

Zur Begründung dessen sucht derselbe auszuführen, unter Bezugnahme auf Zachariae II. §. 328, daß die vom Appellhofe angenommene Ansicht von jeher die herrschende gewesen sei und mit der Theorie des gemeinen Rechts übereinstimme. Der Wortverstand zwinge nicht dazu, den Ausdruck postérieures im Art. 1295 des B. G.-B. nur auf nach Zustellung

Digitized by Google

der Cession entstandene Forderungen zu beziehen, die französische Breviloquenz rechtfertige vielmehr, alle Forderungen darunter zu begreifen welche erst nach Zustellung der Cession compensabel werden. Dahin gehörten auch die früher entstandenen, bei welchen die Hindernisse der Compensation erst nach der Notifikation beseitigt sein würden, wenn die Person des Gläubigers nicht gewechselt hätte.

Diese Auffassung werde auch durch innere Gründe unterstützt. An sich sei eine Compensation nur statthaft, wenn Forderung und Schuld bei denselben Personen zusammentreffen (Art. 1249). Durch das Dazwischentreten einer Cession würde ohne positive Bestimmung die bis dahin vorhandene Compensabilität beseitigt, weil die Personenidentität wegfalle. Es wäre ungerecht gewesen, dem debitor cessus die Einreden aus seinen Ansprüchen gegen seinen bisherigen Gläubiger gänzlich abzuschneiden. Andererseits hätte man auch nicht den Gläubiger in der freien Disposition über seine Forderungen allzusehr beschränken können. Der gerechte Maßstab für die Ausgleichung der widerstreitenden Interessen sei dadurch gegeben, daß man den debitor cessus, welcher nicht durch ausdrückliche Annahme des neuen Gläubigers seine Compensationsansprüche gegen den alten habe aufgeben wollen, die wirklich erworbenen Compensationsrechte bewahrt habe, während man die bei Zustellung der Cession noch nicht mögliche Compensation auch für die Folge nicht zugelassen habe. Mit Unrecht spreche der Cassationskläger von bedingten Rechten, wenn dieser zur Zeit nicht compensationsfähige Forderung gegen seinen Gläubiger habe. In diesem Falle habe er gar kein Recht, weil die gesetzlichen Voraussetzungen nicht gegeben seien. Die Requisite der Liquidität und Fälligkeit kämen im Allgemeinen zwar erst bei Ausübung des Compensationsrechts in Betracht; allein dieses gelte nur für den regelmäßigen Fall, wenn kein Wechsel in der Person des Gläubigers eingetreten sei, nicht für den Fall der Cession.

Urtheil:

In E., daß grundsätzlich durch die Cession einer Forderung das Recht des cedirten Schuldners nicht beeinträchtigt werden darf;

Daß daher, wenn der Schuldner eine Gegenforderung an den Cedenten besitzt, welche früher als die cedirte Forderung fällig wird, mit welcher er daher dem Cedenten gegenüber zu compensiren berechtigt ist, dieses sein Recht, dessen Existenz dadurch nicht aufgehoben wird, daß es erst zur Zeit der Fälligkeit der Forderung und der Gegenforderung ausgeübt werden kann, durch die Cession der Forderung nicht verloren geht;

Daß der Art. 1295 des B. G.-B. als hiermit im Einklang stehend angesehen, und daher dahin ausgelegt werden muß, daß unter créance postérieure eine Forderung nicht zu verstehen ist, welche vor Zustellung der Cession entstanden und zugleich früher fällig geworden ist, als die cedirte Forderung;

Daß nun aber nach der Feststellung des Appell.-Ger.-Hofes die gegen den Cassationskläger geltend gemachte Forderung am 1. März 1870 fällig geworden ist, die Gegenforderung, mit welcher Cassationskläger compensiren will, durch den Kaufvertrag vom 7. September 1865, also vor der am 20. April 1868 erfolgten Zustellung der Cession entstanden und am 7. September 1868, also vor dem Fälligkeitstermin der cedirten Forderung fällig geworden ist;

Digitized by Google

Daß daher das angegriffene Urtheil, indem es gleichwohl die Compensation ausschließt, den oben bezeichneten Grundsatz und den Art. 1295 des B. G.-B. verletzt;

Zur Sache selbst:

I. E., daß aus den vorentwickelten Gründen die Gegenforderung des Appellaten sich zur Compensation eignete, und daher, da sie die Hauptforderung überstieg, seine Opposition gegen den Zahlungsbefehl vom 26. April 1870 von dem ersten Richter mit Recht für begründet erachtet worden ist, die Berufung sich daher als nicht gerechtfertigt darstellt;

Aus diesen Gründen

vernichtet das Königl. Ober-Tribunal, fünfter (Rheinischer) Civilsenat, das Urtheil des Königl. Rhein. Appell.-Ger.-Hofes zu Köln vom 14. Januar 1873, legt dem Cassationsverklagten die Kosten dieses Verfahrens zur Last, befiehlt die Rückgabe der hinterlegten Succumbenzgelder und die Beischreibung dieses Urtheils am Rande des vernichteten;

und indem es zur Sache selbst entscheidet:

Verwirft es die Berufung von dem Urtheile des Königl. Landgerichts zu Köln vom 29. November 1871 mit Strafe und Kosten. *)

Sitzung vom 18. November 1873.

Ref.: H. Geh. Ob.-Tr.-Rath Struckmann.

Concl.: H. Ob.-St.-Anwalt Dr. Oppenhoff.

Advokaten: Dorn — Mecke.

---

*) Die von dem Ober-Tribunal gemißbilligte Ansicht des Appell.Ger.-Hofes ist die von den französischen Schriftstellern mit Ausnahme von Delvincourt und von dem Cassationshofe (Sir. 52. 1, 211) adoptirte. Vergl. Aubry et Rau (neueste Ausgabe) Bd. 4, §. 326 Note 33 und die dort citirten Schriftsteller, sowie Sirey-Gilbert ad Art. 1298. „La première opinion (d. i. die vorbezeichnete) se justifie d'une manière incontestable par le principe de l'art. 1291, qu'il n'y a de compensation qu'entre dettes exigibles."

Da es auch im Allgem. Preuß. Landrechte über die Frage, in welchem Zeitpunkte eine dem Schuldner gegen den Cedenten zustehende Gegenforderung fällig sein muß, um die Einrede der Compensation gegen den Cessionar zu begründen, an einer bestimmten Vorschrift fehlt, indem der §. 313 Tit. 16. Thl. I. nur sagt:

„Gegen eine cedirte Forderung kann der Schuldner nur das, was er an den ersten Inhaber vor bekannt gemachter Cession zu fordern hatte — — — — abrechnen,"

im Uebrigen aber das Landrecht (§. 343, §. 352) bezüglich der Compensation dieselben Grundsätze wie das B. G.-B. enthält, so dürfte es von Interesse sein zu erwähnen, daß das Ober-Tribunal in einem Urtheil vom 16. Juli 1860 (Entscheidungen Bd. 43 S. 106) unter Vernichtung eines Erkenntnisses des Kammergerichts im Sinne der obigen Entscheidung erkannt hat, dagegen in einem früheren Urtheile (Entscheidungen Bd. 7. S. 355) angenommen hatte, daß die Gegenforderung des cedirten Schuldners zur Zeit der Bekanntmachung der Cession bereits fällig sein müßte. Diese Ansicht vertheidigt

Digitized by Google

Eisenbahn. — Unfall. — Betrieb. — Haftbarkeit.

Durch das Reichsgesetz vom 7. Juni 1871, welches in §. 1 für die Tödtung oder körperliche Verletzung eines Menschen, welche beim Betriebe einer Eisenbahn eintritt, den Betriebs-Unternehmer haftbar erklärt, hat die Verantwortlichkeit der Eisenbahn-Unternehmer gegenüber dem Preuß. Eisenbahngesetze vom 3. November 1838 §. 25 eine Erweiterung erfahren.

Es soll durch die gedachte Bestimmung nicht blos gegen die bei der Beförderung auf der Bahn unmittelbar wirksamen Naturkräfte, sondern gegen die mit der Handhabung und Ausführung des Eisenbahn-Unternehmens nach allen Richtungen hin verbundene eigenthümliche Gefährlichkeit Schutz gewährt sein.

Hoffmeister — Rheinische Eisenbahn-Gesellschaft.

Der Cassationskläger Hoffmeister fordert von der Rheinischen Eisenbahn-Gesellschaft die Bezahlung einer jährlichen Leibrente von 336 Thlrn. mit der Behauptung, daß er bei dem Betriebe der Eisenbahn eine Körperverletzung (Quetschung der rechten Hand) erlitten habe und dadurch dauernd arbeitsunfähig geworden sei.

Es liegt hierbei der folgende, in den Instanzen festgestellte Thatbestand zu Grunde:

Die Rheinische Eisenbahn-Gesellschaft besitzt zu Hochfeld am Rhein eine Trajectanstalt zum Uebersetzen der Eisenbahnzüge. Die Züge werden über eine mit Schienen versehene auf Rädern ruhende Uebergangsbrücke (Auffahrtswagen) auf eine ebenfalls mit Schienen versehene Dampffähre gebracht, übergesetzt und auf die am entgegensetzten Ufer befindlichen Stränge geleitet, so daß der Transport von Personen und Gütern ohne Wagenwechsel bewirkt wird. Die Trajectanstalt dient ausschließlich zur Vermittelung des Eisenbahnverkehrs.

Hoffmeister stand seit dem April 1871 als Arbeiter bei dieser Trajectanstalt in Diensten der Eisenbahn-Gesellschaft. Am 29. Juni ejusdem war er zur Dienstleistung auf einer Dampffähre (Ponte) befehligt, die die Aufgabe hatte, die Uebergangsbrücke, welche in Folge Hochwassers unter Wasser stand, so daß die höher schwimmende Ponte nicht an dieselbe

---

auch Gruchot (Beiträge zur Erläuterung des Preuß. Rechts I. Jahrgang S. 388), während Foerster (Theorie und Praxis des heutigen Preuß. Privatrechts 1873 Bd. 1. S. 590) den Grundsatz, wovon das Ober-Tribunal in dem Urtheile vom 16. Juli 1860 und in dem obigen ausgeht, daß durch die Cession die Lage des Schuldners nicht verschlechtert werden dürfe, für entscheidend hält, also in der Lage des Schuldners ein erworbenes Recht desselben findet.

Vergleiche auch noch bezüglich des gemeinen Rechts: Urtheil des Reichs-Ober-Handelsgerichts vom 11. Juni 1873. Entscheidungen Bd. 10. S. 166. Anm. d. Red.

Digitized by Google

gelangen konnte, aus dem Wasser herauszudrücken. Dies wurde dadurch bewirkt, daß ein Balken auf die Uebergangsbrücke gerichtet wurde, um letztere durch die Kraft der Ponte auf das Ufer zu drängen. Bei dieser Arbeit, an welcher Hoffmeister betheiligt war, fiel der Balken in's Wasser. Während Hoffmeister sich bemühte, den Balken wieder zu fassen, kam seine rechte Hand zwischen denselben und die Ponte, wobei sie zerquetscht wurde. Nach Hoffmeister's von der Eisenbahn-Direktion bestrittenen Behauptung soll der Unfall dadurch, daß die Ponte plötzlich und unerwartet in Stillstand und ebenso plötzlich wieder in Bewegung gerieth, herbeigeführt worden sein.

Hoffmeister hat nun seinen Entschädigungsanspruch zunächst auf §. 1 des Reichsgesetzes vom 7. Juni 1871 gegründet, wonach, wenn „bei dem Betriebe einer Eisenbahn" ein Mensch getödtet oder körperlich verletzt wird, der Betriebsunternehmer für den Schaden haftet, sofern er nicht beweist, daß der Schaden durch höhere Gewalt oder durch eigenes Verschulden herbeigeführt worden ist. Er hat geltend gemacht, daß nach Lage der Sache seine Körperverletzung als beim Betriebe der Eisenbahn erfolgt angesehen werden müsse. Eventuell hat er auch ein Verschulden der Eisenbahnverwaltung behauptet.

Die Eisenbahn-Direktion hat die Anwendbarkeit des §. 1 des Reichsgesetzes bestritten, da die Verletzung nicht, „beim Betriebe" der Eisenbahn erfolgt sei. Sie hat ferner behauptet, daß die Verletzung durch eigene Ungeschicklichkeit des Verletzten oder unabwendbaren Zufall verursacht worden sei. Sie hat endlich die dauernde Arbeitsunfähigkeit des Klägers bestritten.

Der erste Richter (das Königl. Landgericht zu Köln) hat die Eisenbahn-Verwaltung zur Leistung der geforderten Entschädigung in quali für verpflichtet erklärt und Beweis in Betreff der Arbeitsunfähigkeit angeordnet. Das Landgericht ist davon ausgegangen, daß nach der Einrichtung der als ein Theil des festen Bahnkörpers zu betrachtenden Dampffähre und nach den von dem Kläger, dabei wahrgenommenen Verrichtungen die Verletzung desselben als beim Betriebe der Eisenbahn erfolgt anzusehen sei und die Eisenbahn-Direktion Behufs Erbringung des ihr obliegenden Beweises, daß die Verletzung durch eigenes Verschulden des Verletzten verursacht worden, genügende Thatsachen nicht artikulirt habe.

Die Eisenbahn-Direktion hat appellirt und principaliter Reformation und Abweisung der Klage beantragt. Subsidiarisch hat sie Beweis erboten:

Daß die Uebergangsbrücke nur, um sie vor Schaden zu bewahren, an das Land gedrückt worden sei und die Ponte am 29. Juni 1871 keinen Fahrdienst gehabt habe;

Daß die Ponte in langsamer Bewegung geblieben und nicht plötzlich in Stillstand gerathen sei;

Daß Hoffmeister den in's Wasser gefallenen Balken am Kopfende statt an der Seite angefaßt habe; daß dies eine Ungeschicklichkeit gewesen und Hoffmeister vergebens zur Vorsicht ermahnt worden sei.

Kläger hat Verwerfung der Berufung beantragt, eventuell Beweis erboten,

durch Zeugen:

Daß am 29. Juni auf der betreffenden Ponte der Pontenführer und

Digitized by Google

ein Matrose gefehlt habe, und zu deren Ersatz ein anderer Pontenführer und der Kläger zum zweiten Matrosen bestimmt worden sei;

Daß der Kläger sich vertragsmäßig nur mit Reparaturarbeiten zu befassen gehabt habe, indessen der gedachten Aufforderung habe Folge leisten müssen;

Daß nach den getroffenen Anordnungen die Bemannung der Ponte aus dem Pontenführer, dem Kläger, noch einem Matrosen, dem Maschinisten und Heizer bestanden habe;

Daß die Ponte die in Folge Hochwassers gesunkene Uebergangsbrücke an's Land habe drücken sollen und dazu ein 18 Fuß langer Balken zwischen Ponte und Brücke habe gehalten werden müssen;

Daß die Ponte plötzlich und unerwartet in Stillstand gerathen, und in Folge dessen wie des übermäßigen Gewichtes des Balkens dieser dem Kläger, der solchen mit dem anderen Matrosen gehalten, entfallen sei, und daß Kläger den Balken, um ihn in die richtige Lage zu bringen, beim Kopfende habe anfassen müssen;

Daß, während derselbe hiermit beschäftigt gewesen, die Ponte ebenso plötzlich sich wieder fortbewegt, gegen den Balken gestoßen und die daran gelegte rechte Hand des Klägers gequetscht habe;

Durch Sachverständige:

Daß die angegebene Bemannung der Ponte ungenügend und vorschriftswidrig, dazu vielmehr außer Maschinisten und Heizer ein Pontenführer und zwei Matrosen von Fachbildung nothwendig gewesen;

Daß dieser Versäumniß der Unfall beizumessen, und von dem Kläger eine größere Gewandheit weder zu bezeigen noch zu erwarten gewesen sei.

Der Appell.-Ger.-Hof zu Köln hat unter Reformation des landgerichtlichen Urtheiles die Klage als unbegründet abgewiesen. Er hat angenommen, daß die Verletzung beim Betriebe der Eisenbahn nicht erfolgt, und die Beweissätze über das angebliche Verschulden der Eisenbahnverwaltung unerheblich seien, indem die ungenügende Bemannung der Ponte nur dann von Erheblichkeit sein könnte, wenn Thatumstände artikulirt würden, woraus eine Schuld der Bemannung an dem Vorfalle erkennbar wäre, das behauptete plötzliche Fortbewegen der Ponte aber nicht ausreichen würde, um den Kläger von der eigenen Unvorsichtigkeit, die in dem Fallenlassen und Anfassen des Balkens an dem Kopfende gefunden werden müsse, freizusprechen.

Die Nichtanwendbarkeit des §. 1 des Gesetzes vom 7. Juni 1871 hat der Appell.-Ger.-Hof, wie folgt, motivirt:

Der in dem Paragraphen gebrauchte Ausdruck: „bei dem Betriebe einer Eisenbahn" sei allerdings gewählt, um den engeren Sinn des §. 25 des früheren Preußischen Gesetzes vom 3. November 1838 zu erweitern. Daraus folge aber nicht, daß darunter ohne jede Beschränkung Alles verstanden werden müsse, was von der Unternehmung geschehe, um den Betrieb zu ermöglichen. Es seien vielmehr darunter nur solche Unfälle zu verstehen, welche entweder beim eigentlichen Transportbetriebe selbst oder doch bei denjenigen Nebenhandlungen sich ereigneten, welche mit diesem Betriebe in unmittelbarem Zusammenhange ständen oder zur Vorbereitung, zur Ausführung oder zum Abschlusse dieses Betriebs gehörten. Nun stelle aber das Hinaufschieben einer unter Wasser gerathenen Uebergangsbrücke auf die geneigte Ebene mittelst einer leeren, nicht mit dem Uebersetzen eines Zuges beschäftigten Dampfponte eine Arbeit dar,

Digitized by Google

welche zur Wiederherstellung der gestörten Verbindung, zwischen dem Geleise des Bahnkörpers und dem der Ponte erforderlich gewesen sei, und ebenso wenig, wie die Reparatur des durch irgend ein Ereigniß beschädigten Eisenbahntractus mit dem Transportbetriebe in unmittelbarem Zusammenhang stehe, sondern nur mittelbar ermögliche, daß späterhin zum Transportbetrieb der Eisenbahn gehörige Handlungen vorgenommen werden könnten.

Hoffmeister hat wider das am 11. Dezember 1872 verkündete appellationsgerichtliche Urtheil den Cassationsrecurs ergriffen. Es werden zwei Mittel geltend gemacht. Das erste bezieht sich auf die Anwendbarkeit des §. 1 des Reichsgesetzes, das zweite auf die Ablehnung der Beweisanträge in Betreff des Verschuldens der Bahnverwaltung.

Zur Begründung des ersten Cassationsmittels, welches dem Appell.-Ger.-Hof Verletzung des mehrbezogenen §. 1 vorwirft, wird im Wesentlichen ausgeführt:

Der Appellationsrichter fasse unter dem Eindrucke des früheren Preußischen Gesetzes den Begriff des Eisenbahnbetriebes zu enge. Derselbe umfasse nicht blos die Bewegung eines Eisenbahnzuges, sondern alle Handlungen, welche die Vermittelung dieser Bewegung bezweckten. Die Dampffähre und die Uebergangsbrücke seien Theile der Landbahn, die sie an einander knüpften. Jede Handlung, wodurch die Uebergangsbrücke in Ordnung gebracht werde, gehöre deshalb zum „Betrieb der Bahn." Es sei dafür gleichgültig, ob die Handlung sich auf einen augenblicklich zum Uebersetzen bereit stehenden oder erst später erwarteten Zug beziehe. Immer stehe sie mit dem Betriebe in unmittelbarer Verbindung. Den Begriff dieser Unmittelbarkeit verkenne also der Appell.-Ger. Hof, wenn man eine solche dem Gesetz unbekannte Unterscheidung zwischen unmittelbarer und mittelbarer Verbindung statuiren wolle. Auch bei Reparaturen des Eisenbahntractus könne der Fall des Gesetzes eintreten. Daß der Appellationsrichter dies principiell für unmöglich erkläre, lasse seinen falschen Rechtsstandpunkt erkennen. Die Fähre selbst (dies übersehe der Richter auch) sei eine Eisenbahn im Sinne des Gesetzes, da sie mit Schienen versehen sei und durch Dampf bewegt werde.

Mit dem zweiten Cassationsmittel wird dem Appell.-Ger.-Hof vorgeworfen, durch die Ablehnung der auf das Verschulden der Eisenbahn bezüglichen Beweisanträge

1) im Widerspruche mit den Art. 1356, 1382 bis 1384 des B. G.-B. den Begriff der culpa (faute, négligence, imprudence) rechtsirrthümlich beschränkt und das klägerische qualificirte Geständniß getheilt,

2) die Art. 302, 322, 323 der B. Pr.-O., welche für den Sachverständigenbeweis besondere thatsächliche Artikulationen nicht erforderten, verletzt,

endlich

3) der Vorschrift des Art. 7 des Gesetzes vom 20. April 1810 zuwider seine Entscheidung nicht erschöpfend motivirt zu haben.

Für den Cassationskläger ist beantragt:

Das Urtheil des Königl. Rhein. Appell.-Ger.-Hofes zu Köln vom 11. Dezember 1872 zu cassiren, die Rückgabe der Succumbenzgelder zu verordnen, der Cassationsbeklagten die Kosten zur Last zu legen und in der Sache selbst die Berufung kostenfällig zu verwerfen.

Digitized by Google

Für die Cassationsbeklagte ist erwidert:

Ad 1. der Appellationsgerichtshof habe den Sinn des §. 1 richtig festgestellt. Derselbe beschränke sich auf Unfälle, die beim eigentlichen Transportbetriebe oder bei den mit demselben in unmittelbarem Zusammenhange stehenden Nebenhandlungen sich ereigneten. Wolle man weiter gehen, so würde jede Grenze fehlen. Im Uebrigen sei es eine rein thatsächliche Frage, ob der betreffende Vorfall sich beim Betriebe der Eisenbahn zugetragen habe.

Ad 2. der Appellationsgerichtshof habe die Beweisanträge nach ihrer Erheblichkeit geprüft und sein Urtheil in dieser Richtung mit Gründen versehen. Die Frage, ob der Eisenbahnverwaltung ein Verschulden zur Last falle, wenn die aufgestellten Thatsachen erwiesen würden, sei wieder factischer Natur.

Beantragt ist:

Den Cassationsrecurs als unbegründet mit den Kosten zu verwerfen.

Urtheil:

J. E., daß das Reichsgesetz vom 7. Juni 1871 die die Regeln des allgemeinen bürgerlichen Rechtes überschreitende Verantwortlichkeit der Eisenbahnen, welche das frühere Preußische Gesetz nur für den bei der Beförderung auf der Bahn an Personen und Gütern entstandenen Schaden angeordnet hatte, auf alle bei dem Betriebe der Eisenbahn eintretende Tödtungen und körperliche Verletzungen ausgedehnt hat;

Daß der neu geschaffene und in dem Gesetze selbst nicht weiter definirte Begriff des Betriebes der Eisenbahn zunächst durch den sprachlichen Sinn des Wortes: Betrieb, wie solcher sich in dem in die Gesetzessprache vielfach aufgenommenen Ausdruck: Gewerbe-Betrieb und in ähnlichen Wortbildungen kundgibt, und vor Allem durch den Gegensatz zu der Bezeichnung des früheren Gesetzes charakterisirt wird;

Daß zu dieser Charakterisirung des Eisenbahnbetriebs namentlich auch die Vergleichung desselben mit anderen Unternehmungen beiträgt, die, wie zum Beispiel Bauten, Maschinenwerkstätten und so weiter mit dem Eisenbahnbetriebe in Verbindung stehen, denselben fördern, gleichwohl als Unternehmungen selbstständiger Art eine Existenz für sich haben und deshalb als zum Eisenbahnbetrieb gehörig nicht angesehen werden;

Daß die Entstehungsgeschichte des Gesetzes erkennen läßt, daß dem Bemühen, für die Bezeichnung des Umfanges der den Eisenbahnanstalten und so weiter aufzuerlegenden Verantwortlichkeit den angemessenen Ausdruck zu finden, der Gedanke zu Grunde lag, nicht bloß gegen die bei der Beförderung auf der Bahn unmittelbar wirksamen Naturkräfte, sondern gegen die mit der Handhabung und Ausführung des Eisenbahnunternehmens nach allen Richtungen hin verbundene eigenthümliche Gefährlichkeit Schutz zu gewähren;

Daß es dieser Tendenz entspricht, den Ausdruck: „Betrieb der Eisenbahn" in dem durch den Wortlaut gegebenen umfassenden Sinn zu nehmen, und von jeder durch letzteren nicht gebotenen Einschränkung desselben abzusehen, und daß, wenn darauf verzichtet werden muß, ihn im Wege der Abstraction genauer abzugrenzen, der Rechtsfindung der Weg gezeigt ist, im Einzelfalle den jeweiligen Thatbestand zu prüfen und dessen Uebereinstimmung mit dem gesetzlichen Begriffe zu erforschen;

Digitized by Google

Daß, zieht man von diesem Standpunkte aus den in den Instanzen festgestellten Sachverhalt in Betracht, überwiegende Gründe dafür sprechen, den auf der beschriebenen, mit dem Bahnkörper in Verbindung gesetzten, dem Eisenbahnverkehr ausschließlich dienenden Trajektanstalt unter den festgestellten Umständen eingetretenen Unfall als im Betriebe der Eisenbahn erfolgt zu betrachten, und daß der vorige Richter zu dem entgegengesetzten Resultate nur dadurch gelangt ist, daß er die Definition des früheren Gesetzes als Ausgangspunkt festhaltend auf den Zusammenhang des in Rede stehenden Unfalles mit dem Eisenbahn-Transport zu großes Gewicht gelegt und die Tragweite der in der Bestimmung des Reichsgesetzes enthaltenen Erweiterung nicht in dem erforderlichen Maaße berücksichtigt hat;

Daß hiernach das angefochtene Erkenntniß wegen Verletzung des §. 1 des bezogenen Gesetzes und ohne, daß es auf eine Prüfung des zweiten Cassationsmittels ankäme, vernichtet und die Sache selbst, da solche zu einer Entscheidung nicht vorbereitet ist, in die Instanz zurückverwiesen werden muß;

Aus diesen Gründen

cassirt das Reichs-Oberhandelsgericht, zweiter Senat, das Urtheil des Königl. Preußischen Appell.-Ger.-Hofes zu Köln vom 11. Dezember 1872, verordnet die Beischreibung des gegenwärtigen Urtheils am Rande des cassirten, sowie die Rückgabe der Succumbenzgelder, legt der Cassationsbeklagten die Kosten dieses Verfahrens zur Last, und verweist die Sache zu anderweiter Verhandlung und Entscheidung an den zweiten Senat des gedachten Gerichtshofes.

Sitzung vom 21. Januar 1874.

Ref: H. R.-Ob.-H.-G.-Rath Dr. Schmitz.
Concl.: H. R.-Ob.-H.-G.-Rath Dr. Dreyer.
Advokaten: Mecke — Stegemann.

Wechsel. — Verjährung. — Verpflichtung des Acceptanten zur Rückgabe der empfangenen Deckung. — Vereicherungsklage.

Nach Erlöschung des wechselmäßigen Anspruchs in Folge eingetretener Verjährung kann der Acceptant eines Wechsels die Zurückzahlung der empfangenen Deckung an den Zieher beziehungsweise an dessen Gläubiger nicht aus dem Grunde verweigern, weil, so lange eine Aushändigung des Wechsels an ihn nicht erfolgt sei, er dem Inhaber desselben gemäß Art. 83 der Allgem. D. Wechsel-Ordnung verpflichtet bleibe.

Bier und Cahen — Heymann.

Durch Gerichtsvollzieherakt vom 24. Oktober 1868 ließ der jetzige Cassationsverklagte Heymann in seiner Eigenschaft als Gläubiger des

Digitized by Google

unter der Firma Coopmann frères handelnden Kaufmannes Jacques Coopmann zu Maestricht gegen diesen bei der Cassationsklägerin Bier und Cahen für die Summe von 1460 Thlr. Drittarrest anlegen. Nachdem dieser durch Urtheil des Königl. Landgerichts zu Köln für gültig erklärt worden war, gab die Drittarrestatin am 13. Oktober 1869 eine Erklärung dahin ab, daß sie außer einer Parthie Waaren eine Summe von 3668 Thlr. 1 Sgr. 8 Pfg. für den Arrestverklagten in Händen habe, in dieser Summe aber ein Betrag von 1000 Thlrn. nicht einbegriffen sei, welchen sie zur Deckung eines Wechselaccepts, das der Arrestverklagte von ihr in Händen habe, und welches am 28. November 1868 fällig geworden sei, von diesem erhalten habe. Bei der Concurrenz mehrerer anderer Arreste wurde über die gedachten 3668 Thlr. 1 Sgr. 8 Pfg. nebst dem Erlös aus den verkauften Waaren das Distributionsverfahren eingeleitet, in welchem Heymann jedoch nur für einen Theil seiner Forderung Befriedigung erlangte, so daß ihm nach seiner Behauptung noch eine Restforderung von 698 Thlr. 29 Sgr. verblieb. Er ließ demnächst durch Gerichtsvollzieherakt vom 13. Dezember 1871 die Drittarrestatin auffordern, binnen acht Tagen die Drittarresterklärung vom 13. Oktober 1869 zu ergänzen und insbesondere bezüglich derjenigen Summe von 1000 Thlrn., die sie bei jener Erklärung noch in Händen behalten habe, nunmehr zu erklären, ob dieselbe noch verschuldet werde und an die Arrestgläubiger ausgezahlt werden solle. Für den Fall, daß die Drittarrestatin der gedachten Aufforderung nicht nachkommen sollte, wurde sie zugleich zum Königl. Landgerichte in Köln vorgeladen, um als Selbstschuldnerin zur Zahlung von 1000 Thlrn. nebst Zinsen vom genannten Tage ab verurtheilt zu werden. Die Drittarrestatin gab die von ihr verlangte Erklärung erst am 1. Mai 1872 dahin ab, daß der in ihrer früheren Erklärung vom 13. Oktober 1869 erwähnte Wechsel von 1000 Thlrn. noch nicht präsentirt worden sei, sie daher diese Summe dem Inhaber des Wechsels noch verschulde, auch jederzeit bereit sei, dieselbe, jedoch nur gegen Aushändigung des Wechsels, zu bezahlen, sich aber weder für berechtigt, noch für verpflichtet halte, den Betrag, ohne Aushändigung des Wechsels, sei es an den Arrestverklagten, sei es an dessen Gläubiger, abzuführen.

Seitens des Klägers wurde die Form dieser Erklärung bemängelt und bei Verhandlung der Sache der Antrag genommen:

Die Drittarrestatin als Selbstschuldnerin zu verurtheilen, an die Gläubiger des Arrestverklagten, welche bei der Ersteren Arrest angelegt hätten, die Summe von 1000 Thlrn. nebst sechs Prozent Zinsen seit dem 13. Dezember 1871 zu bezahlen; subsidiarisch:

Der Drittarrestatin die Wiederholung ihrer Erklärung in gesetzlicher Form binnen einer zu bestimmenden Frist aufzugeben.

Für die Drittarrestatin wurde auf Abweisung der Klage angetragen, und dieser Antrag namentlich darauf gestützt, daß dieselbe nur gegen Aushändigung des Wechsels über 1000 Thlr. zur Bezahlung der noch in ihren Händen befindlichen Gelder des Arrestverklagten verpflichtet sei. Auch nach Verjährung des Wechsels hafte sie als Acceptantin aus Art. 83 der Deutschen Wechselordnung, so lange der Wechsel nicht amortisirt sei, was nicht geschehen sei.

Digitized by Google

Durch Urtheil vom 18. Mai 1872 erkannte das Königl. Landgericht für Recht, daß der auf Anstehen des Klägers gegen die Verklagte durch Gerichtsvollzieherakt vom 24. Oktober 1868 bei der Drittarrestatin angelegte Arrest auch diejenigen 1000 Thlr. betreffe, auf welche der am 28. November 1868 fällige Wechsel Bezug hatte, und wies die Drittarrestatin an, aus diesem Betrage an den Kläger dessen Restforderung in derjenigen Höhe, welche in dem einzuleitenden Distributionsverfahren festgesetzt werden würde, zu bezahlen.

In den Gründen dieses Urtheils wird zunächst ausgeführt, daß die formelle Bemängelung der Erklärung der Drittarrestatin vom 1. Mai 1872 und der Antrag auf Verurtheilung derselben als Selbstschuldnerin unbegründet sei und demnächst fortgefahren:

J. E., daß die Arrestanlage auf alle Gelder geschehen ist, welche die arrestverklagte Firma von der Drittarrestatin zu fordern hatte;

Daß die letztere angegeben hat, der Arrestverklagten außer einer anderen Summe zwar noch 1000 Thlr. zu verschulden, aber hinzugefügt, dieser Betrag werde von dem Arreste nicht tangirt, weil hierfür noch ein von ihr acceptirter am 28. November 1868 erfallener Wechsel laufe, welcher bis jetzt noch nicht präsentirt worden sei;

J. E., daß die Acceptation eines Wechsels zwar als verstärktes Zahlungsversprechen, aber nicht als Zahlung einer Schuld zu betrachten ist, letztere vielmehr erst dann erlischt, wenn der acceptirte Wechsel bezahlt ist;

Daß die Drittarrestatin daher aus der Existenz des von ihr acceptirten Wechsels nur insofern ein Recht zur Zahlungsweigerung herzuleiten befugt ist, als für sie die Gefahr der doppelten Zahlung entstehen könnte;

Daß der wechselmäßige Anspruch aus dem am 28. November 1868 fälligen Wechsel nach Art. 77 der Wechselordnung zur Zeit in Folge der Wechselverjährung erloschen ist;

Daß folgeweise der Wechsel selbst, wenn er später präsentirt werden sollte, dem Inhaber desselben gegen die Drittarrestatin nur im Falle der Bereicherung einen Anspruch auf Entschädigung begründen würde;

Daß aber in der Zahlung der verschuldeten Summe an die Gläubiger des ursprünglichen Wechselgläubigers eine Bereicherung des Wechselschuldners nicht gefunden werden könnte;

Daß die Drittarrestatin daher auch nicht zu befürchten hat, wegen des erwähnten Arrestes, nachdem sie an die Gläubiger des Coopmann gezahlt haben wird, nochmals in Anspruch genommen zu werden;

Das somit die Einrede derselben, daß sie nur an den Wechselinhaber und gegen Aushändigung des Wechsels die fraglichen 1000 Thlr. wirksam zahlen könne, unbegründet erscheint, Kläger daher auch mit Recht behauptet, daß auch jene Wechselsumme durch die Arrestanlage verstrickt sei und im Wege des Distributionsverfahrens unter die Gläubiger der Arrestschuldnerin vertheilt werden müsse.

Gegen dieses Urtheil ergriff die Drittarrestatin die Berufung und beantragte: das gedachte Urtheil zu reformiren und die Klage vom 13.

Digitized by Google

Dezember 1871 abzuweisen, unter Verordnung der Rückgabe der Succumbenzgelder und Verurtheilung des Appellaten in die Kosten beider Instanzen.

Für den Appellaten wurde auf Verwerfung der Berufung mit Strafe und Kosten angetragen.

Durch Urtheil vom 7. Februar 1873 verwarf der Rhein. Appell.-Ger.-Hof unter Bestätigung der Gründe des ersten Richters die Berufung mit Strafe und Kosten.

Gegen dieses Urtheil hat die Appellantin den Cassationsrekurs ergriffen und als Cassationsmittel geltend gemacht:

Verletzung des Art. 83 der Allgem. Deutschen Wechselordnung.

Das Landgericht und der Appellhof gingen von der Ansicht aus, daß der Acceptant des Wechsels gegen die Bereicherungsklage aus Art. 83 der Deutschen Wechselordnung geschützt sei, wenn er in dem Augenblicke, wo der Inhaber des Wechsels mit seinen Ansprüchen hervortrete, nicht mehr bereichert erscheine. Allein die Bereicherungsklage gegen den Acceptanten habe nicht zur Voraussetzung, daß dieser zur Zeit der Anstellung derselben sich noch im Besitze der Bereicherung befinde. (Borchart, Wechselordnung 5. Auflage S. 515; Renaud, Wechselrecht S. 322; Entscheidungen des Königl. Ober-Tribunals Bd. 55, S. 132.)

Im vorliegenden Falle werde also die Cassationsklägerin gegen die Bereicherungsklage, welche der unbekannte Besitzer des Wechsels immer noch anstellen könne, nicht dadurch geschützt, daß sie die noch in ihren Händen befindliche Deckung fortgebe. Der Arrestverklagte könne die fraglichen 1000 Thlr. von der Cassationsklägerin nur dann ein- resp. zurückziehen, wenn er den präjudizirten Wechsel herauszugeben im Stande wäre, da er nur dadurch die Möglichkeit der künftigen Anstellung einer Bereicherungsklage abschneiden würde. Dem Cassationsverklagten stehe aber kein stärkeres Recht zu als dem Arrestverklagten.

Für den Cassationsverklagten ist erwidert worden:

Die Vorderrichter gingen zu weit, indem sie die bloße Gefahr doppelter Zahlung, worin die Cassationsklägerin gerathen könnte, als einen berechtigten Grund der Zahlungsweigerung erklärten. Darin aber, daß eine solche Gefahr nicht bestehe, sei ihnen beizutreten. Die ursprüngliche Verbindlichkeit der Cassationsklägerin habe darin bestanden, aus der erhaltenen Deckung von 1000 Thlrn. den acceptirten Wechsel zu bezahlen. Dieselbe sei aber durch die eingetretene Wechselverjährung zerstört. Cassationsklägerin habe das Deckungsgeschäft mit dem Zieher des Wechsels abgeschlossen und sei daher berechtigt, es auch mit diesem wieder rückgängig zu machen. Wenn sie die Deckung an ihn oder, was dasselbe sei, an seinen Gläubiger zurückerstatte, so beseitige sie die eingetretene Bereicherung. Für den Inhaber des verjährten Wechsels die Deckung aufzubewahren, sei sie weder berechtigt noch verpflichtet. Dieser habe an dem Deckungsgeschäft nicht Theil genommen. Er könne sich zwar auf dasselbe zum Zwecke der Nachweisung der Bereicherung beziehen, müsse sich aber auch alle Einreden aus demselben gefallen lassen.

Hiernach könne es auf sich beruhen, daß die Vorderrichter, was der Cassationsrekurs im Wesentlichen nur rüge, keineswegs verkannt hätten, daß die Bereicherungsklage nicht zur Voraussetzung habe, daß der Ver-

Digitized by Google

klagte sich zur Zeit der Klage noch im Besitze der Bereicherung befinde. Dieselben hätten nicht die Fortgabe im Allgemeinen, sondern die Rückgabe der Deckung an die Rechtsnachfolger des Deckungsgebers, bevor der Wechselinhaber sich gemeldet, im Auge. Eine solche Rückgabe tilge die Bereicherung unbedingt. Daraus, daß der Wechsel als solcher nach eingetretener Wechselverjährung keine Bedeutung mehr habe, folge die Pflicht zur Erstattung der Deckung, ohne daß der Geber der letztern auch den Wechsel beschaffen müsse.

Für die Cassationsklägerin wird angetragen:

das Urtheil des Appell.-Ger.-Hofes zu Köln vom 7. Februar 1873 zu cassiren, die Rückgabe der hinterlegten Succumbenzgelder zu verordnen und dem Cassationsverklagten die Kosten des Verfahrens zur Last zu legen; demnächst in der Sache selbst, unter Reformation des Urtheils des Königl. Landgerichts zu Köln vom 18. Mai 1872, die Klage vom 13. Dezember 1871 abzuweisen, die Rückgabe der Strafgelder zu verordnen und dem Appellaten die Kosten beider Instanzen zur Last zu legen.

Für den Cassationsverklagten wird auf Verwerfung des Cassationsrekurses als unbegründet und Verurtheilung der Cassationsklägerin in die Kosten angetragen.

Urtheil:

J. E., daß die Cassationsklägerin, welche sich weigert, die Summe von 1000 Thlrn., die sie als Bezogene und Acceptantin des am 28. November 1868 fällig gewordenen Wechsels zur Deckung desselben von dem Zieher erhalten hatte, dem die Rechte des letzteren ausübenden Cassationsbeklagten herauszugeben, obgleich der wechselmäßige Anspruch gegen sie verjährt ist, diese ihre Weigerung darauf stützt, daß sie, der erhaltenen Deckung wegen, dem Inhaber des Wechsels nach Art. 83 der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung verpflichtet bleibe;

J. E., daß im Sinne dieses Artikels eine Bereicherung der Cassationsklägerin mit dem Schaden des Wechselinhabers allerdings nicht blos darin liegen würde, daß sie die empfangene Deckung für sich behielte, sondern auch darin, daß sie über dieselbe eine die Rechte des Wechselinhabers verletzende Verfügung träfe;

Daß nun aber, soweit es sich um das Rechtsverhältniß zwischen dem Zieher und dem Acceptanten handelt, der Letztere zur Zurückgabe der Deckung verpflichtet ist, wenn nach eingetretener Verjährung des Wechsels die causa weggefallen ist, wegen deren die Deckung gegeben war, und daß, soviel den Inhaber betrifft, dieser dem Rechtsgeschäfte, vermöge dessen die Deckung gegeben wird, an sich fremd ist, seine Rechte daher durch die Zurückgabe der Deckung an den Zieher jedenfalls dann nicht verletzt werden, wenn die Zurückgabe erfolgt, bevor er auf die Deckung dem Acceptanten gegenüber einen Anspruch erhoben hat;

Daß daher das angegriffene Urtheil, indem es die erwähnte Weigerung der Cassationsklägerin für unbegründet erklärte, den Art. 83 der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung nicht verletzt hat;

Aus diesen Gründen

verwirft das Königl. Ober-Tribunal, fünfter Civil-Senat (Rheinischer Senat) den gegen das Urtheil des Königl. Rheinischen Appell.-Ger.-Hofes

Digitized by Google

zu Köln vom 7. Februar 1873 eingelegten Cassationsrekurs und verurtheilt die Cassationsklägerin in die Kosten und in die hinterlegte Succumbenzstrafe.

Sitzung vom 13. Januar 1874.

Ref.: H. Geh. Ob.-Tr.-Rath Weyers.
Concl.: H. Ob.-St.-Anwalt Dr. Oppenhoff.
Advokaten: Dorn — Mecke.

Eisenbahn. — Unfall. — Beschränkung der Haftpflicht. — Gesetz vom 3. Mai 1869.

Das Gesetz vom 3. Mai 1869, wonach es den Eisenbahnen nicht gestattet ist, ihre Haftpflicht aus dem §. 25 des Eisenbahn-Gesetzes vom 3. November 1838 durch Verträge im Voraus auszuschließen oder zu beschränken, findet auch auf vor demselben abgeschlossene Verträge der fraglichen Art Anwendung.

Die Bestimmung des Statuts eines Pensionsvereins der Beamten einer Eisenbahn: daß die im Falle eines Unglücks von dem Vereine zu gewährenden Pensionen, Wittwen- und Erziehungs-Gelder an Stelle derjenigen Entschädigungen treten sollen, welche die Beamten bezw. ihre Hinterbliebene auf Grund des bezogenen §. 25 gegen die Eisenbahn beanspruchen könnten, daß, wenn aber ein Beamter oder dessen Hinterbliebene dennoch eine solche Entschädigung gegen die Eisenbahn geltend machen und aus deren eigenen Mitteln erlangen würden, dadurch jeder Anspruch an den Pensionsverein von Rechtswegen verloren sein soll, — fällt insofern unter das Verbot des Gesetzes vom 3. Mai 1869, als durch jene Bestimmung die Aufhebung oder Beschränkung der Haftpflicht der Eisenbahn bewirkt werden soll, nicht aber insofern, als dadurch im Interesse des Pensionsvereins verhindert werden soll, daß der Berechtigte eine doppelte Entschädigung beziehe.

Pensionsverein der Beamten der Rhein. Eisenbahn-Gesellschaft zu Köln — Winnen.

Der Ehemann der Cassationsverklagten, Joseph Winnen, welcher als Schaffner in Diensten der Rheinischen Eisenbahngesellschaft stand, verunglückte am 14. Oktober 1870 in Ausübung seines Dienstes. Die Wittwe Winnen erhob deshalb in eigenem Namen und als Vormünderin ihrer minderjährigen Kinder, unter Vorbehalt aller Ansprüche auf Pensions- und Erziehungsgelder gegen den Pensionsverein, auf Grund des §. 25

Digitized by Google

des Gesetzes über die Eisenbahnunternehmungen vom 3. November 1838 Klage auf Schadenersatz gegen die Rheinische Eisenbahngesellschaft, und ein solcher wurde ihr auch durch Urtheil des Rheinischen Appell.-Ger.-Hofes zu Köln vom 16. Mai 1872 im Betrage von 2000 Thlr. zuerkannt.

Demnächst erhob die Wittwe Winnen in ihrer Eigenschaft als Vormünderin der mit ihrem verlebten Ehemann gezeugten minderjährigen Kinder unter dem 8. Juli 1272 Klage zum Königl. Friedensgericht II in Köln auf Bezahlung von 44 Thlr. 18 Sgr. 5 Pfg. nebst Zinsen zu 5 Prozent seit dem Tage der Klage als Betrag der ihr im Namen ihrer vier Kinder, gemäß dem Statut des gedachten Vereins für die Zeit vom 14. Oktober 1870 bis zum 14. Juli 1872 gebührenden Erziehungsgelder mit 25 Thlr. 15 Sgr. jährlich.

Für den verklagten Verein wurde auf Abweisung der Klage angetragen und dieser Antrag unter Anderm auf §. 12 des Statuts desselben gestützt, dessen betreffende Bestimmungen lauten:

> Für die zum Pensionsverein gehörigen, im Dienste der Rheinischen Eisenbahngesellschaft verunglückten Beamten und deren Hinterbliebene treten aus Rücksicht auf die seitens der Gesellschaft dem Pensionsfonds bereits überwiesenen namhaften Summen sowie auf die in Zukunft aus den jährlichen Betriebsüberschüssen in Aussicht gestellten Zuweisungen und mit Rücksicht auf die den Verunglückten zufallende halbe Versicherungssumme die durch gegenwärtiges Statut fixirten Pensionen, Wittwen- und Erziehungsgelder an die Stelle derjenigen Entschädigungen, die ihnen der Rheinischen Eisenbahngesellschaft gegenüber wegen des betreffenden Unglücksfalles auf Grund der gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere des §. 25 des Eisenbahngesetzes vom 3. November 1838 etwa zustehen könnten. Sollte gleichwohl ein Beamter oder dessen Hinterbliebenen in Folge eines Unglücksfalles gegen die Rheinische Eisenbahngesellschaft besondere Schadensersatzansprüche auf gerichtlichem Wege geltend machen, so verlieren dieselben, wenn die Entschädigung von der Rheinischen Eisenbahngesellschaft aus deren Mitteln zu gewähren ist, von Rechtswegen alle ihnen durch das Statut dem Pensionsverein gegenüber zustehende Rechte.

Durch Urtheil vom 9. August 1272 erkannte jedoch das Königl. Friedensgericht nach dem Klagepetitum, indem es hinsichtlich der obengedachten Einrede des Verklagten erwog, daß ein vorzeitiger Verzicht auf erst noch erwachsende, in der Wirklichkeit noch nicht vorhandene, aber durch das Gesetz bestimmt an die Hand gegebene Rechtsansprüche der öffentlichen Ordnung widersprechen würde, und die oben angeführte Bestimmung des §. 12 der Statuten als ungültig und unverbindlich anzusehen sei.

Die Verklagte appellirte und machte namentlich geltend, daß die fragliche Stipulation des §. 12 um so weniger als der öffentlichen Ordnung zuwiderlaufend angesehen werden könne, als nach §. 4 des Reichsgesetzes über die Schadenersatzverbindlichkeit der Eisenbahnen vom 7. Juni 1871 Leistungen wie diejenigen des Pensionsvereins auf die zuzuerkennende Entschädigung anzurechnen seien, wenn die Mitleistung des Betriebsunternehmers nicht unter einem Drittel der Gesammtleistung betrage.

Digitized by Google

Durch Urtheil vom 29. Januar 1873 verwarf das Königl. Landgericht zu Köln jedoch die Berufung.

Die Gründe dieses Urtheils, soweit sie hier noch in Betracht kommen, lauten:

Daß der §. 12 des Statuts des appellirenden Pensionsvereins, welchem der verstorbene Ehemann der Appellatin im Jahre 1867 beigetreten ist, allerdings bestimmt, daß die durch dasselbe fixirten Pensionen und Erziehungsgelder an die Stelle der den Beamten und deren Hinterbliebenen auf Grund des §. 25 des Gesetzes vom 3. November 1838 etwa zustehenden Entschädigungsansprüche treten, und daß, falls ein solcher Entschädigungsanspruch gleichwohl von einem Beamten oder dessen Hinterbliebenen mit Erfolg gerichtlich geltend gemacht werden möchte, dieselben von Rechtswegen aller ihnen durch das Statut dem Pensionsvereine gegenüber zustehenden Rechte verlustig sein sollen;

Daß aber der Inhalt dieses §. 12 in seiner ganzen Tendenz auf- und zusammengefaßt werden muß, und derselbe demgemäß lediglich als eine zu Gunsten eines Dritten — der Rheinischen Eisenbahngesellschaft — zwischen dem appellirenden Verein einerseits und den Eisenbahn-Beamten anderseits als Bedingung „des unter ihnen abgeschlossenen Pensions-Vertrages" getroffene besondere Stipulation sich darstellt;

Daß diese Stipulation — was als von selbst klar einer eingehenden Ausführung nicht bedarf — eine Beschränkung der der Rheinischen Eisenbahngesellschaft für den Fall der Verunglückung des Beamten gesetzlich obliegenden Schadensersatz-Verpflichtung bezweckt;

Daß ein von der Rheinischen Eisenbahngesellschaft selbst geschlossener, einen solchen Zweck verfolgender Vertrag nach den Gesetzen vom 3. Mai 1869 und 7. Juni 1871 mit rechtsverbindlicher Kraft nicht hätte abgeschlossen werden können, und, wenn er auch zur Zeit des Erlasses dieser Gesetze schon abgeschlossen gewesen, mit deren Publikation jedenfalls rechtlich unwirksam geworden sein würde;

Daß in Folge ihrer, dem gedachten Statut unter'm 1. März 1866 ertheilten Zustimmung jeder einzelne, mit einem Eisenbahn-Angestellten von dem appellirenden Vereine abgeschlossene, den vorangeführten §. 12 enthaltende Pensionsvertrag als im Voraus von der Rheinischen Eisenbahngesellschaft acceptirt zu erachten, deshalb also auch der darin liegende, die Beschränkung ihrer Entschädigung bezweckende Vertrag auch zwischen ihr und dem Verunglückten formell zu Stande gekommen, ein Vertrag der nach dem oben Gesagten im Ganzen rechtsunverbindlich ist;

Daß deshalb der appellirende Verein ebenfalls keine Rechte aus diesem Vertrage herleiten kann, wie er dies durch die Geltendmachung der zu seinen Gunsten, jedoch nur zur Aufrechthaltung der dem Gesetze widersprechenden also unerlaubten Vertrages festgesetzten Pönalklausel versuchte, da die letztere als solche das Schicksal des Hauptvertrages selbst unbedenklich theilen muß;

Digitized by Google

Daß mithin und, da die eingeklagte Forderung bezüglich ihres Betrages nicht bestritten ist, der erste Richter dieselbe der Appellatin mit Recht zuerkannt hat;

Gegen dieses Urtheil hat der verklagte Verein den Cassationsrekurs ergriffen und als einziges Cassationsmittel Verletzung der Art. 2, 1121, 1133 und 1172 des B. G.-B., sowie des Gesetzes über die Eisenbahnunternehmungen vom 3. November 1838 und des Reichsgesetzes betreffend die Verbindlichkeit zum Schadensersatz für die bei dem Betriebe der Eisenbahnen herbeigeführten Tödtungen u. s. w. vom 7. Juni 1871 §. 5 geltend gemacht und ausgeführt:

Der Verunglückte Winnen sei vor Erlaß der Gesetze vom 3. Mai 1869 und 7. Juni 1871, nämlich seit dem Jahre 1867, angestellt und dem Pensionsvereine beigetreten. Auf den desfallsigen Vertrag könnten die später erlassenen Gesetze eine rückwirkende Kraft nicht äußern. Indem das Landgericht dieses dennoch annehme, setze es sich mit Art. 2 des B. G.-B. in Widerspruch.

Angenommen aber, daß die gedachten Gesetze in Betracht zu ziehen sein möchten, so würde aus der Unerlaubtheit der dem §. 12 des Statuts entsprechenden Abrede nicht blos eine Streichung dieser Abrede sondern die Hinfälligkeit des geltend gemachten Anspruchs selbst folgen. Nach der thatsächlichen Feststellung des Vorderrichters sei die fragliche Stipulation zwischen den Contrahenten des Pensionsvertrages im Interesse der Rheinischen Eisenbahn, einer dritten Person, getroffen, auch die Stipulation von dieser Person im Voraus acceptirt zu erachten. Aus dieser Acceptation folge an sich nichts weiter, als daß die zu Gunsten des Dritten getroffene Stipulation von den Contrahenten nicht mehr habe rückgängig gemacht werden können. Im Uebrigen sei die Stipulation ein Theil des Vertrages geblieben und zwar die Bedingung, unter welcher der Vertrag unter den Hauptcontrahenten geschlossen worden sei. (Art. 1121 des B. G.-B.). Sei nun die Bedingung durch das Gesetz verboten, so sei nicht blos die Bedingung nichtig, sondern die Nichtigkeit der Bedingung habe die Nichtigkeit des ganzen mit dem Pensionsvereine geschlossenen Vertrages zur Folge. (Art. 1172 und 1133 des B. G.-B.). Ansprüche aus dem Pensionsvertrage könnten also überhaupt nicht geltend gemacht werden. Vielmehr würde als Folge der Nichtigkeit des Vertrages nur übrig bleiben, daß die Rechtsnachfolger des Verunglückten die Beträge zurückfordern könnten, die auf Grund des nichtigen Vertrages an den Pensionsverein gezahlt seien.

Der Antrag des Cassationsklägers geht dahin:

Das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Köln vom 29. Januar 1873 zu cassiren, die Rückgabe der hinterlegten Succumbenzgelder zu verordnen und der Cassationsverklagten die Kosten des Verfahrens zur Last zu legen, demnächst aber in der Sache selbst nach dem seitens des Cassationsklägers zu dem angegriffenen Urtheil genommenen Antrage zu erkennen.

Von Seiten der Cassationsverklagten ist eine Erwiderungsschrift nicht hinterlegt worden.

Urtheil:

In E., daß die Cassationsverklagte, obgleich durch Gerichtsvollzieherakt vom 17. Juli 1873, unter abschriftlicher Mittheilung des Cassations-

Digitized by Google

rekurses gehörig vorgeladen, gemäß Attest des Sekretariats vom 20. Dezember vorigen Jahres eine Erwiderungsschrift nicht hinterlegt noch einen Anwalt bestellt hat, daher in contumaciam gegen sie zu verfahren ist;

J. E. zur Sache, was zunächst die behauptete Verletzung des Art. 2 des B. G.-B. betrifft, daß nach der thatsächlichen Feststellung der Vorderrichter der verstorbene Ehemann der Cassationsverklagten, Schaffner Winnen, bereits im Jahre 1867 dem Pensionsvereine der Beamten der Rheinischen Eisenbahn beigetreten und demnächst am 14. Oktober 1870, also vor Erlaß des Reichsgesetzes vom 7. Juni 1871 betreffend die Verpflichtung zum Schadenersatz u. s. w. verunglückt ist, also nur in Frage kommt, inwiefern neben dem §. 25 des Eisenbahngesetzes vom 3. November 1838 das Gesetz betreffend einen Zusatz zu dem gedachten Paragraphen vom 3. Mai 1869 auf den fraglichen Unglücksfall in Anwendung zu bringen ist, wogegen der damit im Wesentlichen übereinstimmende §. 5. des citirten Gesetzes von 1871 außer Betracht zu bleiben hat;

Daß das allegirte Gesetz von 1869, nachdem es im ersten Absatze die Eisenbahnen für nicht befugt erklärt hat, die Anwendung der im cit. §. 25 enthaltenen Bestimmung über ihre Verpflichtung zum Ersatze des bei Beförderung auf der Bahn an den auf derselben beförderten Personen u. s. w. entstehenden Schadens zu ihrem Vortheile durch Verträge (mittels Reglements oder durch besondere Uebereinkunft) im voraus auszuschließen oder zu beschränken, im zweiten Absatz hinzufügt, daß Vertragsbestimmungen, welche dieser Vorschrift entgegenstehen, keine rechtliche Wirkung haben;

Daß dieser Schlußpassus, indem er zwischen den vor Erlaß des Gesetzes und den nachher zu Stande gekommenen Verträgen nicht unterscheidet, sondern die Verbotsbestimmung des ersten Absatzes „entgegenstehenden Vertragsbestimmungen" ohne Ausnahme für rechtlich wirkungslos erklärt, auch auf die der Vergangenheit angehörigen Verträge der fraglichen Art bezogen werden muß, da die gedachten Ausdrücke in ihrer Allgemeinheit auch diese umfassen und nicht angenommen werden kann, daß es in der Absicht des Gesetzgebers gelegen habe, derartige, früher zu Stande gekommene Vertragsbestimmungen, welche in der Regel auf lange dauernde Verhältnisse berechnet sind, auch für die Zukunft und während der ganzen Dauer dieser Verhältnisse aufrecht zu erhalten, obgleich er sie für verwerflich und gemeinschädlich erkannt hatte;

Daß, wenn hiernach anzunehmen ist, daß das in Rede stehende Gesetz selbst die Wirkung der darin enthaltenen Verbotsbestimmungen auch auf früher abgeschlossene Verträge ausgedehnt hat, der dem angegriffenen Urtheil gemachte Vorwurf der Verletzung des Art. 2 des B. G.-B. zerfällt;

J. E., daß das Landgericht die Bestimmung des §. 12 des Statuts des in Rede stehenden Pensionsvereins, wonach die den Beamten, welche demselben beigetreten, und deren Hinterbliebenen für den Fall eines Unglücks durch das Statut zugesicherten Pensionen, Wittwen- und Erziehungsgelder an die Stelle derjenigen Entschädigungen treten sollen, die ihnen der Rheinischen Eisenbahn gegenüber wegen des betreffenden Unglücksfalles auf Grund der gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere des §. 25 des Eisenbahngesetzes etwa zustehen könnten, mit Recht, als der

Digitized by Google

Verbotsbestimmung des Gesetzes vom 3. Mai 1869 zuwiderlaufend, in sofern betrachtet hat, als jene Bestimmung eine Ausschließung oder Beschränkung der gesetzlichen Entschädigungsansprüche zum Vortheil der Rheinischen Eisenbahngesellschaft enthält;

Daß das Landgericht sich der daran anschließenden Stipulation des §. 12 wonach, wenn gleichwohl ein Beamter oder dessen Hinterbliebenen in Folge eines Unglücksfalles gegen die Rheinische Eisenbahn-Gesellschaft besondere Schadensersatzansprüche im gerichtlichen Wege geltend machen würden, dieselben, sofern die Entschädigung von der letzteren aus eigenen Mitteln zu gewähren ist, von Rechtswegen alle ihnen aus dem Statut gegen den Pensionsverein zustehende Ansprüche verlieren sollen, lediglich aus dem Grunde die rechtliche Wirkung abspricht, weil dieses eine zu seine, des Pensionsvereins, Gunsten jedoch nur zur Aufrechthaltung des ersterwähnten dem Gesetze zuwiderlaufenden also unerlaubten Vertrages festgesetzte Pönalklausel sei, welche als solche das Schicksal jenes Hauptvertrages theilen müsse;

Daß jedoch diese Ausführung für eine rechtsirrthümliche zu erachten ist;

Daß der Versuch, die Beachtung des in der fraglichen Vertragsbestimmung enthaltenen indirekten Verbots der gerichtlichen Klage gegen die Eisenbahngesellschaft durch die Stipulation einer Strafe für den Fall der Zuwiderhandlung gegen dasselbe zu erzwingen, allerdings ein unerlaubter und eine solche Stipulation daher nach Art. 1227 des B. G.-B. ungültig sein würde;

Daß es sich jedoch im vorliegenden Falle von einer Stipulation ganz anderer Art handelt, welche, wie auch das Landgericht nicht verkennt, zunächst im Interesse des Pensionsvereins getroffen ist, und dahin geht, daß dieser den ihm beitretenden Beamten gegenüber nur eine durch eine Bedingung beschränkte Verpflichtung zur Zahlung der in dem Statut festgesetzten Leistungen übernimmt;

Daß die erwähnte Bedingung darin besteht, daß der betreffende Beamte oder dessen Hinterbliebenen nicht bereits durch eine gerichtliche Klage gegen die Eisenbahngesellschaft die dieser gesetzlich obliegende Entschädigung erlangt haben, wogegen, wenn letzteres der Fall, die Ansprüche gegen den Pensionsverein in Wegfall kommen sollen;

Daß der eine derartige beschränkte Verpflichtung stipulirender Vertrag nicht einer bloßen Pönalklausel gleichgestellt werden kann und ebensowenig etwas den Gesetzen oder den guten Sitten Zuwiderlaufendes enthält, da die Berechtigten dadurch nur in die Alternative versetzt werden, entweder die ihnen aus dem Gesetze gegen die Eisenbahn zustehenden Schadensersatzansprüche geltend zu machen, oder von dem Pensionsvereine die statutenmäßigen Leistungen zu fordern, und die Verpflichtung zu den letzteren nur dann hinwegfallen soll, wenn die verbotene, zu Gunsten der Eisenbahn stipulirte Beschränkung keine Wirkung gehabt hat, die Tendenz der fraglichen Stipulation also nur dahin geht zu verhindern, daß die Berechtigten eine doppelte Entschädigung erhalten;

Daß das Landgericht daher mit Unrecht angenommen hat, daß die hier in Rede stehende, das Verhältniß zwischen den Beamten und dem Pensionsvereine regelnde Vertragsbestimmung zu den im Gesetze vom 3. Mai 1869 als unerlaubt bezeichneten gehöre, und demnach dieses Gesetz durch unrichtige Anwendung verletzt hat;

Digitized by Google

Aus diesen Gründen

vernichtet das Königl. Ober-Tribunal, fünfter Civil-Senat (Rheinischer Senat), in contumaciam gegen die Cassationsverklagte erkennend, das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Köln vom 29. Januar 1873, verordnet die Rückgabe der hinterlegten Succumbenzgelder und die Beischreibung dieses Urtheils am Rande des vernichteten und legt der Cassationsverklagten die Kosten dieses Verfahrens zur Last, und

J. E., zu der Berufung gegen das Urtheil erster Instanz, daß nach der obigen Ausführung die in Frage befangene Stipulation des §. 12 des Statuts für zu Recht bestehend zu erachten, und von der Appellatin in erster Instanz zugegeben ist, daß die Bedingung, unter welcher die mit der Klage geltend gemachte Verpflichtung dem Appellanten nicht obliegen sollte, eingetreten ist, indem die Rheinische Eisenbahngesellschaft ihr gegenüber zur Zahlung der vollen gesetzmäßigen Entschädigung verurtheilt worden ist;

Daß daher das Urtheil erster Instanz der Abänderung unterliegt, wogegen hier die Frage, in wie fern die Erben und Rechtsnachfolger des Winnen im Hinblick darauf, daß der den Berechtigten durch den §. 12 für den hier in Rede stehenden Fall angedrohte Verlust sich nur auf die ihnen aus dem Statut gegen den Pensionsverein zustehenden Rechte beziehen soll, zur Rückforderung der von dem Verstorbenen zur Pensionskasse geleisteten Beiträgen berechtigt seien, hier auf sich beruhen muß;

Aus diesen Gründen

weist das Königl. Ober-Tribunal, fünfter Civil-Seant, (Rhein. Senat) in contumaciam gegen die Appellatin erkennend, unter Abänderung des Urtheils des Königl. Friedensgerichts II zu Köln vom 9. August 1872, die Klage vom 8. Juli desselben Jahres ab, verurtheilt die Klägerin in die Kosten beider Instanzen und verordnet die Rückgabe der hinterlegten Succumbenzgelder.

Sitzung vom 17. Februar 1874.

Ref.: H. Geh. Ob.-Tr.-Rath Weyers.
Concl.: H. Ob.-St.-Anwalt Dr. Oppenhoff.
Advokat: Dorn.

Contumazialurtheil. — Vollziehung. — Handelsschuld. — Zeugenbeweis.

Derjenige, welcher in einem Collokations-Verfahren auf Grund eines für eine Handelsschuld erwirkten Contumazialurtheils Anweisung verlangt, kann einem andern Produzenten gegenüber, welcher dessen Forderung wegen Erlöschung des Contumazialurtheils Mangels Vollstreckung bestreitet, den Beweis der Vollziehung des letzteren durch eine von dem Schuldner geleistete Abschlagszahlung durch Zeugen führen.

Digitized by Google

Ziegler — Asbeck, Osthaus, Eicken und Comp.

Der Cassationskläger hat gegen den Kleinschmidt Peter Schmidt zu Reinshagen am 28. Februar 1868 bei dem Handelsgericht zu Barmen wegen einer Handelsschuld ein Contumazialurtheil erwirkt, dasselbe gegen den Schuldner hypothekarisch eintragen lassen und auf Grund dieses Urtheils nebst der Inscription in einem zur Zeit gegen die Eheleute Peter Schmidt bei dem Landgerichte zu Elberfeld schwebenden Collokationsverfahren eine Restforderung von 208 Thlr. 1 Sgr. 10 Pfg. an Kapital außer den Accessorien angemeldet mit dem Anspruch, gleich hinter Josua Schmidt und vor den jetzigen Cassationsverklagten locirt zu werden.

In dem provisorischen Vertheilungsplan wurde indessen der Cassationskläger nicht locirt, weil der Richter-Commissar das erwähnte Contumazialurtheil für perimirt erachtete.

Cassationskläger opponirte deshalb und trug, unter Widerspruch der Cassationsverklagten dahin an: ihn für den angemeldeten Betrag an der bezeichneten Stelle zu lociren und der Oppositin die Kosten zur Last zu legen.

Zur Rechtfertigung der Opposition wurde geltend gemacht, daß das Contumazialurtheil nicht perimirt sei, da ausweislich der opponentischen Handelsbücher bereits am 9. März 1868 eine Zahlung von 95 Thlr. 18 Sgr. 3 Pfg. auf die urtheilsmäßige Forderung geleistet worden sei.

Eventuell erbot Opponent hierüber den Zeugenbeweis sowie ferner diesen Beweis darüber:

Daß Peter Schmidt diese Zahlung Behufs Abwendung der Exekution aus dem Urtheil gemacht habe, und Opponent Ziegler darin gewilligt habe, daß gegen jene Zahlung mit der Exekution innegehalten werden solle.

Die Oppositin, jetzige Cassationsverklagte, beantragte Abweisung der Opposition aus dem vom Richter-Commissar angegebenen Grunde. Das angebliche Anerkenntniß des Schuldners, so wurde dazu bemerkt, entbehre des früheren Datums, die Zahlung werde überhaupt bestritten, und der erbotene Zeugenbeweis sei unzulässig.

Das Königl. Landgericht zu Elberfeld hat durch Urtheil vom 16. Mai 1873 die gegen den provisorischen Vertheilungsplan erhobene Opposition verworfen, indem es den erbotenen Zeugenbeweis für unzulässig erklärte aus folgenden Gründen:

J. E., daß durch den Beweis dargethan werden soll, daß die behauptete Zahlung eine Abschlagszahlung und somit eine freiwillige theilweise Vollziehung des Urtheils gewesen, welche die Anerkennung desselben in sich schließe und damit die Wirkung haben soll, die Folge, welche das Gesetz an die Nichtvollziehung knüpft, zu beseitigen;

Daß es sich hiernach darum handelt, die Voraussetzungen des Erwerbes eines Hypothekenrechtes zu beweisen, welches von demjenigen, welcher ein solches Vorrecht an derselben Sache erworben, und welcher die Aussicht hat, durch die Beweisführung mit seinem Rechte präjudizirt zu werden, bestritten wird;

Daß aus den Consequenzen, welche aus der Zahlung hergeleitet werden sollen, von selbst sich ergibt, daß nicht um eine einfache handelsfächliche

Digitized by Google

Zahlung zwischen Parteien gestritten wird, welche gewiß durch die erleichterten Beweismittel des Handelsrechts dargethan werden könne, sondern um ein dingliches Recht, dessen Erwerb zwar seine Voraussetzung beiderseits in Handelsgeschäften mit demselben Schuldner hat, aber durch eigene Handlungen der Gläubiger herbeigeführt werden muß, wobei dieselben sich vollständig fremd und von einander und von dem Schuldner unabhängig dastehen;

Daß es sich hiernach um civilrechtliche Ansprüche handelt, und Oppositin, in dem sie die rechtliche Existenz der Hypothek des Opponenten bestreitet, ihr eigenes Recht und nicht das des Gemeinschuldners verfolgt;

Daß demnach die Regeln des Civilrechts über die Beweisführung zur Anwendung zu bringen sind, und hiernach dem Opponenten nicht gestattet ist, die Anerkennung der Schuld durch Zeugen zu beweisen, da er auch in der Lage war, sich einen schriftlichen Beweis zu verschaffen;

Daß demnach die Opposition beweislos geblieben ist.

Gegen dieses Urtheil hat Opponent Ziegler rechtzeitig den Cassationsrekurs formgerecht ergriffen und zustellen lassen.

Das einzige geltend gemachte Cassationsmittel behauptet Verletzung

des Art. 156 der B. Pr.-O.;

der Art. 1122, 1135, 1165, 1166, 1341, 1350 Nr. 3, 1351, 1358, 2123, 2148, 2154, 2180 Nr. 1 des B. G.-B;

des Art. 48 des Preußischen Einführungsgesetzes zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuche vom 24. Juni 1861, und

des Art. 34 des Deutschen Handelsgesetzbuchs.

Zur Begründung des Rechtsmittels wird ausgeführt:

Die Erwägungen des angegriffenen Urtheils seien, soweit sie den erbotenen Zeugenbeweis für unstatthaft erklärten, in allen Beziehungen rechtsirrthümlich. Die zu entscheidende Frage sei lediglich die, ob die Peremtion des Contumazialurtheils durch stillschweigendes Anerkenntniß des Schuldners abgewendet sei. Es handle sich nicht darum, ob ein Hypothekarrecht gültig konstituirt sei. Das Hypothekenrecht sei an sich, wie die Art. 2123, 2148, 2154 des B. G.-B. ergäben, durch das Urtheil und die unbestritten formgerecht bewirkte Eintragung rechtsgültig begründet. Das Landgericht irre, unter Verletzung jener Vorschriften, also, wenn es bei Beurtheilung der Sache darauf Gewicht lege, daß es sich darum handle, die Voraussetzungen des Erwerbs eines Hypothekenrechts zu erweisen. Eine Untersuchung darüber, in welcher rechtlicher Situation die Oppositin dem Opponenten gegenüber sich befunden habe, sei völlig müßig. Wenn auch die Cassationsverklagte ein selbstständiges Recht vertheidigt hätte, so folge daraus doch noch keineswegs, daß ihr gegenüber der Beweis über die erhebliche Frage nicht durch Zeugen geführt werden dürfe, sondern nur, daß ihre Einrede über die Unzulässigkeit des Zeugenbeweises nicht als exceptio de jure tertii aufgefaßt werden könne.

Endlich müsse auch außer Betracht bleiben, ob der Cassationskläger sich einen schriftlichen Beweis habe verschaffen können, wenn für die Beibringung eines solchen eine gesetzliche Nothwendigkeit nicht bestehe. Eine solche sei aber nicht anzuerkennen. Es könne auf sich beruhen, ob die

Digitized by Google

stillschweigende Anerkennung eines Urtheils überhaupt durch Zeugen bewiesen werden könne. Jedenfalls bestehe indessen diese Zulässigkeit für Handelssachen, wie eine solche hier vorliege.

Das Recht, den Beweis der Obligation oder ihres Erlöschens durch bestimmte Beweismittel zu führen, sei ein Theil der durch die Obligation selbst begründeten Rechte; dieses Recht begleite die Obligation bis zu ihrem Untergange. Es mache daher für die Art der Beweisführung keinen Unterschied, ob die Obligation noch durch ein Urtheil festgestellt und durch ein accessorisches Recht gesichert sei. Dies folge aus dem vom Landgerichte verletzten Art. 1135 des B. G.-B. Das Landgericht übersehe auch, daß die Hypothek nur ein accessorisches Recht sei, und daß die Thatsache ihrer formellen Constituirung nicht hindere, das Erlöschen der Hauptschuld durch die an sich zulässigen Beweismittel darzuthun. Demnach sei auch Art. 2180 Nr. 1 des B. G.-B. verletzt. Wie der Art. 48 des Preußischen Einführungsgesetzes zum Deutschen Handelsgesetzbuche vom 24. Juni 1861 ergebe, sei in Handelssachen der Zeugenbeweis unbedingt statthaft. Das Recht auf diese Art der Beweisführung verbleibe den Contrahenten bis zur völligen Ordnung ihrer vertragsmäßigen Rechte und Verbindlichkeiten. Wie also der Schuldner jede Abschlagszahlung durch Zeugen beweisen dürfe, so bleibe auch dem Gläubiger das nämliche Recht stets offen. Dieses Recht sei auch keineswegs der Art theilbar, daß etwa dritten Personen gegenüber die Sache keine Handelssache darstelle.

In dieser Beziehung entscheide vielmehr nur das innere Wesen der Obligation. Uebrigens betone das Landgericht mit Unrecht, daß die Cassationsverklagte ein selbstständiges Recht vertheidige. Die Einrede gegen die Beweisart diene zwar zum Schutze desselben, sei aber dem Rechte des Schuldners entnommen. Nach den vom Landgerichte verletzten Art. 1122, 1165, 1166 des B. G.-B. komme also die Obligation, so wie sie unter den Contrahenten begründet worden sei, mit allen ihren gesetzlichen Folgen zur Geltung.

Der Vorwurf, daß Art. 1341 des B. G.-B. durch falsche und Art. 48 des Einführungsgesetzes zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuche durch Nichtanwendung verletzt seien, ergebe sich von selbst als zutreffend, wenn die Richtigkeit der vorstehenden Ausführungen nicht beanstandet werden könne. Das Landgericht verletze indessen auch den Art. 156 der B. Pr.-O. und die Art. 1350 Nr. 3, 1351 des B. G.-B., indem es rechtsirrthümlich annehme, der Beweis stillschweigender Anerkennung eines handelsgerichtlichen Contumazialurtheils könne nicht durch Zeugen geführt werden. Die stillschweigende Anerkennung sei ein Grund der Rechtskraft des Contumazialerkenntnisses. Ueber den Beweis des Anerkenntnisses beständen keine besondere Vorschriften. Es trete also die allgemeine Regel ein, nach welcher über die Zulässigkeit des Zeugenbeweises allein die Natur der Obligation entscheide.

Zur Stütze der geltend gemachten Gründe bezieht die Cassationsschrift:

Sirey — Gilbert Nr. 59 zu Art. 1341 C. c. Nr. 299 bis zu Art. 1351;

Urtheil des französischen Cassationshofes vom 10. Juli 1866. Sirey 1866. I 180.

Digitized by Google

Cassations-Urtheil vom 2. Juni 1863. Sirey 63 I 135; Table gén. preuve testim. Nr. 127 ff. Table dec. ibid. Nr. 9 und 10.

Für den Cassationskläger ist angetragen:

das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Elberfeld vom 16. Mai 1873 zu cassiren, die Rückgabe der Succumbenzgelder zu verordnen und der Cassationsverklagten die Kosten des Verfahrens zur Last zu legen, sodann in der Sache selbst nach dem Antrage des Opponenten zu erkennen.

Für die Cassationsverklagte ist erwidert:

Die auf Grund des Contumazialurtheils vom 28. Februar genommene Inscription sei an sich kein Akt der Exekution des Urtheils; sie stelle eine blos conservatorische Maßregel dar. Der Cassationskläger behaupte auch selbst nicht, daß durch die erfolgte Inscription des Contumazialurtheils die Peremtion abgewendet worden sei. Die Wirksamkeit der Inscription hänge von der Gültigkeit des Titels zur Hypothek ab, auf welcher die Inscription beruhe. Habe dieser Titel aus irgend einem Grunde seine Wirksamkeit verloren, so könne die Inscription trotz ihres äußerlichen Fortbestehens sich nicht wirksam zeigen. Da nun nach Art. 156 der B. Pr.-O. der bloße Zeitablauf von 6 Monaten dem Contumazialurtheil, falls dasselbe inzwischen seine Vollstreckung nicht erhalten habe, die Kraft dergestalt benehme, daß es als niemals erlassen betrachtet werde, so zerfalle durch diesen Zeitablauf nothwendig von selbst jede Wirksamkeit der Inscription.

Das Landgericht könne also die Art. 2123, 2148, 2154 des B. G.-B. nicht verletzt haben; vielmehr nehme dasselbe mit Recht an, daß es sich für den Cassationskläger darum handle, die Voraussetzungen des Erwerbs seines behaupteten Hypothekenrechts zu erweisen, indem dieses Recht die Wirksamkeit gegen Dritte nur dann erlangt haben würde, wenn die Peremtion des Contumazialurtheils abgewendet worden wäre.

Der Beweis derjenigen Thatsache, durch welche die Peremtion abgewendet sein solle, liege dem Cassationskläger ob, wie er dies selbst nicht bezweifle. Er behaupte ein stillschweigendes Anerkenntniß des Urtheils durch theilweise Vollziehung desselben von Seiten des Schuldners Schmidt, und er glaube, den Beweis der Vollziehung durch Zeugen führen zu dürfen, weil seine durch das Contumazialurtheil zugesprochene Forderung aus einem Handelsgeschäfte originire, und deshalb die erleichternden Vorschriften des Handelsrechts hinsichtlich der Beweisführung zur Anwendung kommen sollten. In dieser Beziehung werde behauptet, daß das Recht, den Beweis der Obligation oder ihres Erlöschens durch bestimmte Beweismittel zu führen, ein Theil der durch die Obligation selbst begründeten Rechte sei, daß dieses Recht die Obligation bis zu ihrem Untergange begleite, und es daher für die Art der Beweisführung keinen Unterschied mache, ob die Obligation noch durch ein Urtheil festgestellt und durch ein accessorisches Recht gesichert sei.

Diese an sich richtigen Grundsätze paßten aber nicht auf die hier zur Entscheidung stehende Frage. Der Streit der Parteien bestehe nicht darüber, ob die ursprüngliche Forderung des Cassationsklägers in Folge einer Abschlagszahlung von 95 Thlr. 18 Sgr. 3 Pfg. zu diesem Betrage getilgt und insoweit erloschen sei. Dieses Erlöschen zu bestreiten, habe Cassationsverklagte weder eine Veranlassung noch ein Interesse. Die Streitfrage sei, ob grade die Zahlung auf Grund des erlassenen Con-

Digitized by Google

tumazialurtheils und in Anerkennung desselben erfolgt sei. Das Erlöschen des Contumazialurtheils lasse die Existenz der Forderung unberührt. Die vom Cassationskläger angerufenen Grundsätze über die Beweisführung hinsichtlich des Erlöschens der Obligation seien daher hier ohne alle Bedeutung. In Frage stehe, ob nach prozessualischen Grundsätzen das erwirkte Contumazialurtheil die Kraft eines kontradiktorischen erlangt habe. In dieser Beziehung bleibe die Beschaffenheit der Forderung, welche durch das Contumazialurtheil zugesprochen worden, vollkommen gleichgültig; es bleibe ebenso gleichgültig, daß das fragliche Urtheil von einem Handelsgerichte erlassen sei, da solche Urtheile ebenso der Peremtion unterworfen seien, wie diejenigen der ordentlichen Gerichte. Selbst wenn der Schuldner Schmidt das Contumazialurtheil ausdrücklich und schriftlich anerkannt hätte, würde dieses Anerkenntniß der Cassationsverklagten nur entgegengehalten werden können, insofern es mit einem sicheren Datum versehen wäre. Der allgemeine Grundsatz des Art. 1341 des B. G.-B. müsse Anwendung finden, und der Cassationskläger würde demnach zum Zeugenbeweise nur dann zu verstatten sein, wenn er nicht in der Lage gewesen wäre, sich einen Schriftenbeweis zu sichern. Das Landgericht habe also mit Recht diese Frage erörtert. Es nehme aus thatsächlichen Gründen an, daß die Voraussetzungen des Ausnahmefalles nicht vorlägen. Sein Urtheil stehe daher offenbar mit den als verletzt bezeichneten Gesetzen nicht in Widerspruch.

Der Antrag der Cassationsverklagten geht dahin:

den Cassationsrekurs gegen das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Elberfeld vom 16. Mai 1873 als unbegründet zu verwerfen und dem Cassationskläger die Kosten des Verfahrens zur Last zu legen.

Urtheil:

J. E., daß die Wirksamkeit, mithin auch die Priorität der von dem Cassationskläger auf Grund des handelsgerichtlichen Contumazialurtheils vom 28. Februar 1868 genommenen Hypotheken-Inscription dadurch bedingt ist, daß dieses Urtheil innerhalb der sechsmonatlichen Peremtionsfrist nach seinem Erlaß vollstreckt wurde, und dieser Beweis, wie auch das angegriffene Urtheil annimmt, dem Cassationskläger obliegt;

Daß eine auf das Contumazialurtheil selbst innerhalb jener Frist geleistete Abschlagszahlung von Seiten des condemnirten Schuldners einen Akt darstellt, aus welchem, wie durch eine zwangsweise durchgeführte Exekution, die Vollziehung des Urtheils hervorgeht, (Art. 156 und 159 der B. Pr.-O.);

Daß die Frage nach der Zulässigkeit des Zeugenbeweises dem materiellen Rechte angehört, dieselbe daher auch nach der Natur des konkret in Frage stehenden Rechtsverhältnisses zu beurtheilen ist;

J. E., daß die Schuld, für welche das der Hypothek des Cassationsklägers zu Grunde liegende Contumazialurtheil erwirkt ist, eine Handelsschuld bildet, an deren Natur dadurch, daß dieselbe durch ein Urtheil festgestellt und darauf Hypothek genommen wurde, nichts geändert worden ist;

Daß nach Art. 48 des Einführungsgesetzes zum Deutschen Handelsgesetzbuche vom 24. Juni 1861 und Art. 34 des Deutschen Handelsgesetzbuches der Zeugenbeweis in Handelssachen an sich zulässig, mithin auch über eine von Seiten des Schuldners auf die Handelsschuld angeblich geleistete Zahlung zulässig ist;

Digitized by Google

Daß es sich zwar bei der Frage, ob durch eine Abschlagszahlung auf die Handelsschuld, für welche ein Contumazialurtheil erwirkt worden ist, auch eine Vollziehung des Urtheils im Sinne des Art. 159 der B. Pr.-O. begründet werde, nicht blos um die einfach geleistete Zahlung sondern mit darum handelt, ob diese letztere auf das Contumazialurtheil gemacht worden ist;

Daß jedoch dieser letztere Umstand ein mit der Zahlung selbst und der Absicht, in welcher sie geleistet wurde, verbundenes Moment bildet, über welches bei der Zulässigkeit des Zeugenbeweises über die Zahlung für sich selbst der Vermuthungsbeweis (Art. 1353 des B. G.-B.) ergänzend zulässig sein würde;

J. E., daß wenn in einer so geleisteten Zahlung von Seiten des Schuldners die entscheidende juristische Thatsache zu finden ist, durch welche die Peremtion des Contumazialurtheils und mithin auch der Wegfall des darauf gegründeten Titels der Hypothekar-Inscription abgewendet wird, und hierüber nach der Natur des unterliegenden Rechtsverhältnisses der Zeugenbeweis gesetzlich an sich nicht unzulässig ist, — auch darüber ein begründeter Zweifel nicht obwalten kann, daß nicht nur jene juristische Thatsache, sondern auch die dafür gesetzlich zulässigen Beweismittel sich gleichmäßig gegen Dritte als wirksam erweisen müssen und zwar insbesondere auch gegen diejenigen, die nicht als eigentliche ayants cause des ursprünglichen Schuldners im engern Sinne dieses Wortes zu betrachten sind, deren eigenes Recht gleichwohl von dem Vollzuge oder Nichtvollzuge des gegen ihren gemeinschaftlichen Schuldner ergangenen Contumazialurtheils abhängig ist;

J. E., daß im vorliegenden Falle der Cassationskläger zur Führung des ihm obliegenden Beweises über die wirksame Priorität seines Rechts in der Vorinstanz den Zeugenbeweis darüber erboten hat,

> daß der Schuldner Peter Schmidt am 9. März 1868 — also innerhalb der Peremtionsfrist — eine Zahlung von 98 Thlr. 18 Sgr. 3 Pfg. auf die urtheilmäßige Forderung des Cassationsklägers geleistet, insbesondere diese Zahlung Behufs Abwendung der Exekution aus dem Contumazialurtheil vom 28. Februar 1868 gemacht habe, so daß in Folge dessen die weitere Zwangsvollstreckung unterblieben sei;

Daß dieser Beweis dem Ausgeführten gemäß gesetzlich zulässig war, das angegriffene Urtheil daher, indem es denselben unter Anwendung der für den Zeugenbeweis unter Dritten geltenden civilrechtlichen Vorschriften für unzulässig erachtete und demgemäß den Cassationskläger mit seiner Opposition gegen den vorläufigen Vertheilungsplan abgewiesen hat, die Grundsätze der Materie über die Zulässigkeit des Zeugenbeweises verkannt und insbesondere den Art. 48 des Einführungsgesetzes zum Deutschen Handelsgesetzbuche vom 24. Juni 1861 und den Art. 34 des Handelsgesetzbuchs verletzt hat, das Urtheil daher der Cassation unterliegt;

Aus diesen Gründen

cassirt das Königl. Ober-Tribunal, fünfter Civil-Senat, (Rheinischer Senat), das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Elberfeld vom 16. Mai 1873, verordnet die Beischreibung dieses Urtheils am Rande des cassirten, sowie die Rückgabe der hinterlegten Succumbenzgelder und legt der Cassationsverklagten die Kosten dieses Verfahrens zur Last, verweist endlich die

Digitized by Google

Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Königl. Landgericht zu Düsseldorf.

Sitzung vom 17. März 1874.

Ref.: H. G. Ob.-Tr.-Rath Weisgerber.

Concl.: H. O.-St.-Anwalt Dr. Oppenhoff.

Advokaten: Mecke — Dorn.

Richter. — Verhinderung. — Zuziehung eines Advokaten.

Die Bestimmung des Dekrets vom 30. März 1808 Art. 49 über die Zuziehung von Advokaten zur Ergänzung des Richter-Collegiums ist durch Art. 87 der Preuß. Verfassung nicht aufgehoben.

Da der gedachte Art. 49 die Qualität zur Ausübung richterlicher Funktionen nur den ältesten Advokaten, und den jüngeren nur dann verleiht, wenn die Zuziehung jener nicht ausführbar ist, so muß aus dem Urtheile, bei welchem ein Advokat als Richter mitgewirkt, sich ergeben, entweder, daß derselbe der älteste nach der Reihenfolge des Tableau's sei, oder daß die Zuziehung der dieser Reihenfolge nach älteren Advokaten in dem gegebenen Falle nicht ausführbar gewesen, bei Strafe der Nichtigkeit des Urtheils.

Mondrion — Oeffentl. Ministerium.

Franz Mondrion, Buchdrucker zu Dülken, wurde wegen Preßvergehen vor die Zuchtpolizeikammer des Landgerichts zu Cleve gestellt, gegen deren Erkenntniß er appellirte.

In der Sitzung der correctionellen Appellationskammer fungirten, wie das Urtheil und die Audienznote besagt, vier Richter des Landgerichts und der Advokat-Anwalt Rheindorf. Letzterer in Ermangelung eines Richters zugezogen in Gemäßheit des Art. 49 des Dekrets vom 30. März 1808.

Mondrion hat rechtzeitig Cassationsrekurs angemeldet, die Succumbenzstrafe hinterlegt und ist gegen Caution in Freiheit belassen worden.

In der eingereichten Denkschrift wird geltend gemacht:

Verletzung des Art. 87 der Verfassungsurkunde und des Art. 49 des Dekr. vom 30. März 1808.

Es wird zunächst auszuführen gesucht, daß die Bestimmung des Dekrets über Ergänzung des Richter-Collegiums durch Advokaten durch den Art. 87 der Verfassung aufgehoben, und mithin die Zuziehung eines Advokaten ungesetzlich sei. Eventuell sei die Vorschrift des gedachten Art. 49 des Dekrets verletzt, weil bei der Einberufung des Advokat-Anwalts Rhe ndorf die ordre du tableau nicht eingehalten sei. Es wurden die bei dem Landgerichte in Cleve fungirenden Advokat-Anwalte nach der Reihenfolge, wie sie in dem offiziellen Verzeichnisse dem Dienstalter nach aufeinanderfolgten, aufgeführt, und sodann angegeben, daß die drei ältesten an jenem Tage verhindert gewesen seien.

Dagegen seien die Advokat-Anwalte Eumes und Weghmann älter im

Digitized by Google

Dienst als der zugezogene Rheindorf. Weghmann sei sogar in der Sitzung anwesend gewesen. Eumes habe sich in seiner Wohnung befunden. Rheindorf habe also nicht zur Ergänzung des Collegiums herangezogen werden dürfen, da das Dekret nur für den einzelnen Fall den Advokaten, und zwar nur nach der Reihenfolge des tableau die Wahrnehmung richterlicher Funktionen gestatte. Bezüglich der vorgedachten Thatsachen wird Zeugenbeweis erboten.

Urtheil:

J. E., daß aus den Vorschriften der Art. 86, 87 und 90 der Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1850 in ihrem Zusammenhange hervorgeht, daß der Art. 87 nur diejenigen Voraussetzungen bestimmt, durch welche die dauernde Ausübung des Richteramtes durch bestimmte Personen verfassungsmäßig bedingt sein soll;

Daß dagegen die Bestimmungen darüber, in welcher Weise die Rechtsprechung erfolgen soll, falls in einem einzelnen Falle die ordentlichen Richter an der Wahrnehmung ihrer Funktionen behindert sind, dem Gebiete der Prozeßgesetzgebung und der Organisation der Gerichte angehört;

Daß die Organisation der Gerichte nach Art. 89 loco citato durch das Gesetz bestimmt wird;

Daß das Dekret vom 30. März 1808 für das Geltungsgebiet des Rheinischen Rechts ein solches, noch in Kraft bestehendes Organisationsgesetz darstellt, welches in Art. 49 für den Fall der Verhinderung eines Richters die Zuziehung von Advokaten zu richterlichen Funktionen gestattet;

Daß diese Bestimmung daher, da nicht eine dauernde Uebertragung eines Richteramtes in Frage steht, durch Art. 87 der Verfassung nicht aufgehoben, und derselbe daher durch das in dem vorliegenden Falle beobachtete Verfahren nicht verletzt ist;

J. E., daß der Art. 49 des Dekrets vom 30. März 1808 verordnet, daß im Falle der Verhinderung eines Richters derselbe zum Zwecke der Ergänzung der erforderlichen Anzahl von Richtern entweder durch ein Mitglied einer anderen Kammer oder durch einen der Ergänzungsrichter unter möglichster Berücksichtigung des Dienstalters der Ernennung vertreten, daß aber in Ermangelung von Ergänzungsrichtern ein Advokat ebenfalls unter Beobachtung der Reihenfolge des Tableaus zugezogen werden soll;

Daß die Richter und Ergänzungsrichter an sich schon die Qualification und Befugniß zur Ausübung richterlicher Funktionen besitzen;

Daß dieses bei den Advokaten aber nicht der Fall ist, dieselben vielmehr nur durch die nach Maßgabe und unter Beobachtung der Vorschriften des gedachten Art. 49 erfolgte Zuziehung die Qualität erlangen, in dem betreffenden einzelnen Falle die Funktionen eines Richters wahrzunehmen;

Daß wenn schon die Worte en observant dans tous les cas l'ordre des nominations und en suivant aussi l'ordre du tableau die in denselben enthaltene Vorschrift als eine wesentliche Prozeßvorschrift erkennen lassen, die Beobachtung derselben aber in dem Falle der Zuziehung von Advokaten um so mehr als eine unerläßliche bezeichnet werden muß, als dieselben, wie angeführt, die Qualität zur Ausübung richterlicher Funktionen in der betreffenden Sache überhaupt erst durch ihre Einberufung auf Grund des Art. 49 des gedachten Dekretes erlangen, der Art. 49 aber, indem er die Beobachtung der Reihenfolge der Eintragung in das Tableau vorschreibt, diese Qualität nur den ältesten Advokaten, und den jüngern nur dann, wenn die Zuziehung jener nicht aus-

Digitized by Google

führbar ist, verleiht, und es keineswegs dem Belieben des Vorsitzenden überläßt, eine Auswahl unter den vorhandenen Advokaten zu treffen;

Daß aber die Rechtsgültigkeit eines Urtheils durch das Vorhandensein der gesetzlichen Qualifikation der Richter bedingt ist, welche bei Erlassung desselben mitgewirkt haben;

Daß das Vorhandensein der wesentlichen Bedingungen der Gültigkeit eines Uttheils aus demselben selbst hervorgehen muß;

Daß, wenn also ein Advokat nur unter den eben angeführten Voraussetzungen gesetzlich befugt ist, richterliche Funktionen in einer Sache wahrzunehmen, aus dem Urtheil, bei welchem derselbe als Richter mitgewirkt hat, sich ergeben muß, entweder, daß derselbe der älteste nach der Reihenfolge des Tableaus sei, oder daß die Zuziehung der dieser Reihenfolge nach älteren Advokaten in dem vorliegenden Falle nicht ausführbar gewesen sei;

J. E. daß, in dem angegriffenen Urtheil bei Benennung der als Richter mitwirkenden Personen nur angeführt ist: „Rheindorf, Advokat-Anwalt," letzterer in Ermangelung eines fünften Richters zugezogen in Gemäßheit des Art. 49 des Dekrets vom 30. März 1808;

Daß also der Rheindorf weder als ältester Advokat bezeichnet, noch auch die Verhinderung etwaiger älterer Advokaten constatirt ist;

Daß auch allein aus den Worten: „zugezogen in Gemäßheit des Art. 49 des Dekrets vom 30. März 1808" nicht entnommen werden kann, daß den sämmtlichen in diesem Art. 49 vorgeschriebenen Bedingungen Genüge geleistet sei;

Das also das angegriffene Urtheil, da aus demselben nicht hervorgeht, daß bei der Zuziehung des Advokat-Anwalts Rheindorf als Richter den Vorschriften des Art. 49 des Dekretes vom 30. März 1808 Genüge geleistet sei, den gedachten Artikel verletzt hat, und der Cassation unterliegt:

Aus diesen Gründen

kassirt das Königl. Ober-Tribunal — Senat für Strafsachen, Abtheilung II — das Urtheil der Zuchtpolizeikammer des Königl. Landgerichts zu Cleve vom 19. Januar 1874, verordnet die Beischreibung dieses Urtheils am Rande des kassirten, sowie die Rückgabe der hinterlegten Succumbenzgelder und verweist die Sache zur weitern Verhandlung und Entscheidung an die Zuchtpolizei-Appellationskammer des Königl. Landgerichts zu Düsseldorf.

Sitzung vom 30. März 1874.

Ref.: H. G. Ob.-Tr.-Rath Bierhaus.

Concl.: H. Ob.-St.-Anwalt Dr. Oppenhoff.

Stempel. — Lieferungsvertrag. — Unbestimmtheit der Quantität der Leistung.

Ein Vertrag über Leistung vertretbarer Sachen, in welchem die Quantität derselben gänzlich dem demnächstigen beliebigen Ermessen eines der contrahirenden Theile anheimgestellt ist, entspricht nicht den Erfordernissen eines Kauf- oder Lieferungsvertrags, und unterliegt daher nicht dem für solche Verträge vorgeschriebenen Werthstempel von zwei Drittel Prozent sondern dem fixirten Vertragsstempel von 15 Sgr.

Digitized by Google

Königl. Provinzial-Steuer-Direktion zu Köln — Daners.

Am 23. Juli 1870 wurde zu Köln zwischen dem Vertreter der Intendantur des 8. Armeekorps und den Kaufleuten Daners und Frembgen ein Vertrag gethätigt, der in seinen hier in Betracht kommenden Bestimmungen lautet, wie folgt:

§. 1. Die Herren Frembgen und Daners übernehmen vom morgigen Tage ab für die auf der hiesigen Etappen-Station zu verpflegenden Truppen-Transporte die Lieferung fertiger Portionen warmer Kost und Kaffee nach folgender Vorschrift zum vereinbarten Preisen von 11 Sgroschen 6 Pfgen. pro Portion warmer Kost und von 2 Sgroschen 6 Pfgen. pro Portion Kaffee.

§. 5. Die Anzahl der zu liefernden Portionen, sowie die Zeit deren Bereithaltung im fertigen Zustande wird von dem genannten Verpflegungsbeamten immer rechtzeitig mitgetheilt werden u. s w.

§. 6. Jede Aenderung, die etwa in einer einmal mitgetheilten Fahrt-Disposition verfügt werden sollte, oder das Ausbleiben eines angesagten Transports haben sich Unternehmer ohne Anspruch auf besondere Entschädigung gefallen zu lassen.

§. 7. Die Auszahlung der vereinbarten Preise geschieht auf Grund von Liquidationen, welche mit den Quittungen der Truppen belegt sein müssen, auf Verlangen kann jedoch auch schon vor Beendigung der Transporte Vorschuß in Höhe von drei Viertel des Guthabens für bereits geleistete Lieferungen gezahlt werden.

Zu diesem Vertrage wurde ein Stempel von 15 Sgroschen verwendet. Am Rande des dem Daners übergebenen Unikats findet sich der Vermerk: „der gesetzliche Werthstempel wird nach ausgeführter Lieferung berechnet und cassirt werden."

Die auf Grund dieses Vertrages von dem Militär-Fiskus zu leistende Zahlung betrug 5231 Thlr. 28 Sgr.; und am 21. November 1871 wurde dem Daners von der Intendantur mitgetheilt, daß die Liquidation der Regierungs-Hauptkasse zur Zahlung übersendet sei, daß aber ein Betrag von 17 Thlr. 15 Sgr. als der zu dem Vertrage beizubringende Werthstempel bei der Auszahlung einbehalten werden würde.

Nachdem Daners auf seine Beschwerde wegen des von ihm geforderten Stempels bei dem Finanzministerium abschlägig beschieden worden, erhob derselbe am 22. Mai 1872 gegen die Königl. Provinzial-Steuerdirektion zu Köln Klage zum Königl. Friedensgerichte daselbst dahin gehend:

zu erkennen, daß zu dem fraglichen Abkommen vom 23. Juli 1870 der amtlicherseits geforderte Stempel von 17 Thlr. nicht erforderlich sei, daß vielmehr anstatt des zu diesem Abkommen schon verwendeten Stempels von 15 Sgr ein solcher von 10 Sgr. genügt hätte, und demgemäß Verklagte zur Zahlung des gesetzwidrig zurückbehaltenen Betrages von 17 Thlr. nebst Zinsen kostenfällig zu verurtheilen.

Die Klage wurde darauf gegründet, daß zu dem fraglichen Abkommen nicht ein Werthstempel nach der Position „Lieferungsverträge" zu verwenden sei, weil demselben die Erfordernisse eines solchen Vertrages fehlten; dasselbe vielmehr, weil mit einer fiskalischen Behörde abgeschlossen, nur einen Stempel von 10 Sgr. erfordere.

Digitized by Google

Die Verklagte bestritt, daß sie zu dem Kläger in irgend einem Rechtsnexus stehe, und derselbe von ihr zur Beibringung des Stempels aufgefordert sei.

Das Friedensgericht wies aus diesem Grunde die Klage ab. Auf die von dem Kläger eingelegte Berufung erkannte das Königl Landgericht zu Köln am 12. Februar 1873 reformatorisch dahin,

daß zu dem unter dem 23. Juli 1870 gethätigten Vertrage ein Stempel von 15 Sgr. genüge, und Appellatin zur Forderung eines höheren Betrages nicht berechtigt sei,

wies aber den Antrag, die Appellatin zur Rückzahlung der 17 Thlr. zu verurtheilen, zur Zeit als unbegründet ab.

Gegen dieses Urtheil hat die Provinzial-Steuer-Direktion den Cassationsrekurs ergriffen und als Cassationsmittel geltend gemacht:

Verletzung des §. 4 des Stempelgesetzes und der Positionen „Lieferungsverträge" und „Kaufverträge" im Tarif, der Art. 1129, 1130, 1134, 1157, 1158, 1168, 1562, 1583, 1584 des B. G.-B., §. 981 Thl. I. Tit. 11 Allg. Landr., Art. 338 des H. G.-B.

Die Entscheidung des Landgerichts, dahin gehend, daß Mangels bestimmter Bezeichnung des Vertragsobjekts ein Lieferungsvertrag nicht vorliege, stehe im Widerspruch mit dem Urtheil des Ober-Tribunals, fünfter Senat, vom 25. April 1865 in Sachen Greiff gegen Fiscus. Es sei damals in Bezug auf ganz gleiche Verträge über Lieferung von Lebensmitteln das Appellations-Urtheil, welches nur einen Stempel von 15 Sgr. für erforderlich erachtet habe, cassirt und zwar wegen Nichtanwendung der Tarifposition Kauf- und Lieferungsverträge:

In gleicher Weise sei in dem Urtheile in der Untersuchung wider Kutschenbach vom 12. März 1862 bei einem Pachtvertrage trotz Unbestimmtheit der Pachtzinsen ein Werthstempel für erforderlich erachtet.

Aus der Bestimmung des Tarifs „Lieferungsverträge wie Kaufverträge" könne nicht geschlossen werden, daß bei ersteren alle Essentialien des Kaufvertrages vorhanden sein müßten, damit im Sinne des Stempeltarifs ein Lieferungsvertrag vorhanden sei. Auch §. 338 des H.-G.-B. enthalte keine erschöpfende Definition, bestimme aber auch nicht, daß die zu liefernde Quantität fest bestimmt sein müsse.

Bei Interpretation der Tarifposition „Lieferungsverträge" müsse von der landrechtlichen Bestimmung ausgegangen werden.

Ober-Tribunals-Urtheil Fiscus gegen Pauen vom 15. Juni 1869.

Nun habe das Königl. Ober-Tribunal bereits in den Gründen des Plenar-Beschlusses vom 19. September 1845 (Entsch. XI. 32.) ausgesprochen, daß in §. 981 loc. cit. mit den Worten „bestimmte Sache" nur habe ausgesprochen werden sollen: Sachen einer bestimmten Gattung.

Es wird auf eine weitere Plenar-Entscheidung vom 15. Juni 1846 (XIII. 73.) verwiesen und deducirt, daß eine umfängliche Bestimmung des Lieferungsobjekts nicht unbedingt erforderlich sei. Wenn man aber auch annehmen wolle, daß das Objekt der Lieferung in gleicher Weise wie beim Kaufvertrage bestimmt sein müsse, so irre doch der Appellationsrichter durch die Annahme, daß eine solche Bestimmung hier nicht vorhanden sei. Nach Art. 1582 und 1583 des B. G.-B. sei zum Wesen des Kaufvertrages nur die Bestimmung der Parteien darüber erforderlich, auf welche Sache sich derselbe beziehen solle. Es genüge also eine relative Bestimmtheit, wenn nur Einverständniß darüber vorliege, durch welche Momente eine definitive Bestimmtheit herbeigeführt werden solle. Sie könne daher von dem Ein-

Digitized by Google

tritt eines zur Bedingung gesetzten zukünftigen Ereignisses abhängig gemacht werden. In casu sei nun die zu leistende Quantität Portionen von der Zahl der eintreffenden Truppen abhängig gemacht. Die Auslegung des Appellationsrichters, daß diese Zahl lediglich in das Ermessen der Verpflegungsbeamten gestellt sei, verstoße gegen Art. 1157 und 1158 des B. G.-B., denn da die §§. 5 und 6 des Vertrages eine andere Auslegung zuließen, als die, nach welcher der Vertrag für den einen Contrahenten gar keine Wirkung habe, so müsse diejenige gewählt werden, in Folge deren der Vertrag bestehe. Uebrigens liege auf der Hand, daß der Verpflegungsbeamte bezüglich des Eintreffens der Truppen gar keine Bestimmung habe.

Die weitere Erwägung, daß das Ergebniß der spätern Ermittelung über das gelieferte Quantum für den Stempel nicht maßgebend sei, weil dieser bei Verträgen nach dem Inhalt der Urkunde und nicht nach dem durch die Vollziehung zu bemessenden Resultate festzustellen sei, übersehe den Vermerk auf der Urkunde, daß die Berechnung des Werthstempels nach vollendeter Lieferung erfolgen solle; §. 4 des Stempelgesetzes schließe eine solche Vereinbarung nicht aus.

Der Satz, daß die Stempelpflichtigkeit an den Inhalt der Urkunde geknüpft sei, habe nur den Sinn, daß nicht auf außerhalb liegende Momente Rücksicht genommen werden dürfe, und daß schon der Abschluß, nicht die Erfüllung des Vertrages die Stempelpflichtigkeit bedinge. Keiner dieser Fälle liege vor.

Beantragt ist:

das angefochtene Urtheil zu cassiren und nach den Anträgen in der Appellationsinstanz zu erkennen.

Der Cassationsverklagte deducirt, daß der erste Angriff an der thatsächlichen Feststellung des Appellationsrichters scheitere, sowie daß in dem fraglichen Vertrage Alles unbestimmt geblieben sei, und die Essentialien eines Vertrages überhaupt mangelten. Der Vermerk auf dem Vertrage sei kein integrirender Theil desselben.

Demnach wird Verwerfung des Rekurses beantragt.

Urtheil:

In Erwägung, daß nach der Feststellung des Urtheils des Königl. Landgerichts zu Köln vom 12. Februar 1873 in dem hier in Rede stehenden Vertrage vom 23. Juli 1870 die Anzahl der zu verpflegenden Truppen, die Größe der Truppentransporte, die Zeitdauer, während welcher die Verpflegung zu liefern war, auch nicht einmal annähernd bestimmt worden, solches vielmehr lediglich in das Ermessen des Namens der Feldintendantur contrahirenden Verpflegungsbeamten gesetzt, und mithin das Quantum der zu liefernden Portionen nicht im Geringsten festgestellt ist;

Daß diese in Auslegung des gedachten Vertrages getroffene Feststellung, welche eine Verletzung von Gesetzen oder Rechtsgrundsätzen insbesondere der Art. 1157—1164 des B. G.-B. nicht erkennen läßt, sich einer Critik in der Cassations-Instanz entzieht;

Daß also auf Grund dieser Feststellung zu prüfen ist, ob der gedachte Vertrag sich als ein Lieferungsvertrag im Sinne des Stempelgesetzes charakterisirt, daß bei dieser Prüfung aber nur der Inhalt des schriftlichen Vertrages in Betracht kommen kann, da für die Stempelpflichtigkeit eines Vertrages nur die Urkunde selbst allein maßgebend ist;

Daß nach der gedachten Feststellung für die umfängliche Bestimmung des vom Kläger zu leistenden Vertragsobjektes nicht etwa das eintretende

Digitized by Google

Bedürfniß, sondern lediglich das Belieben eines der contrahirenden Theile maßgebend sein sollte;

J. E., daß nach dem hier zur Anwendung gelangenden §. 338 des H.-G.-B. der nach den Bestimmungen über den Kauf zu beurtheilende Lieferungsvertrag als ein Vertrag bezeichnet wird, dessen Gegenstand in der Lieferung einer Quantität vertretbarer Sachen zu einem bestimmten Preise besteht;

Daß also das Wesen dieses Vertrages eine hinsichtlich ihres Preises bestimmte Quantität von Sachen voraussetzt;

Daß, wenn nun in einem solchen Vertrage der Preis nicht für die zu liefernde Quantität im Ganzen, sondern für bestimmte Einheiten derselben fixirt ist, diese Quantität, welche die Summe dieser Einheiten bildet, nur dann hinsichtlich ihres Preises für bestimmt zu erachten ist, wenn entweder in dem Vertrage selbst eine Angabe von Maaß, Zahl oder Gewicht erfolgt ist, oder wenn in eben diesem Vertrage ein anderer Faktor festgestellt ist, aus welchem diese umfängliche Bestimmung erfolgen kann;

Daß in dem letztern Falle die Grundlage, aus welcher die Feststellung des Leistungsobjektes seinem Umfange nach hervorgehen soll, nicht selbst eine völlig ungewisse sein darf, weil alsdann bei Abschluß des Vertrages der Gegenstand desselben nicht blos in keiner Weise bestimmt, sondern auch in Ermangelung eines jeden Anhaltspunktes nicht einmal bestimmbar erscheint;

Daß mithin ein schriftlicher Vertrag über Leistung vertretbarer Sachen, in welchem die Quantität derselben gänzlich demnächstigen beliebigen Ermessen eines der contrahirenden Theile anheimgestellt ist, den Erfordernissen eines Lieferungsvertrages nicht entspricht, und für einen solchen nicht zu erachten ist, und aus denselben Gründen auch nicht die Requisite eines gültigen Kaufvertrages enthält;

Daß in dem von der Cassationsklägerin angerufenen Urtheile des Königl. Obertribunals vom 25. April 1865 (Rhein. Arch. 59. II. 81) nur die Frage zur Erörterung und Entscheidung gelangt ist, ob ein über die Verpflegung von Truppen gethätigter Vertrag als im kaufmännischen Verkehr nach Maßgabe der Cabinetsordre vom 30. April 1847 abgeschlossen zu betrachten sei, dagegen der Umstand, in wie fern die Art der Bestimmung des Vertragsgegenstandes für die Natur des Vertrages als eines Lieferungsvertrages von Bedeutung sei, weder Gegenstand der Verhandlung noch der Entscheidung gewesen ist;

J. E., daß übrigens auch das Stempelgesetz bei Bestimmung der Erhebung des Stempels von Lieferungsverträgen die Möglichkeit der sofortigen Feststellung der Quantität voraussetzt, indem nach §. 4 f. der der Stempelberechnung zu Grunde zu legende Werth des Gegenstandes, wenn er nicht aus dem Vertrage selbst hervorgeht, von den Contrahenten angegeben oder durch Taxation ermittelt werden soll;

Daß der am Rande des Vertrages vom 28. Juli 1870 befindliche, von keinem der Contrahenten unterschriebene Vermerk, daß der gesetzliche Werthstempel nach ausgeführter Lieferung berechnet und cassirt werden solle, da er keinen Theil der Vertragsstipulationen bildet, für die gegenwärtige Entscheidung ohne Bedeutung ist;

Daß daher das angefochtene Urtheil, indem es den in Rede stehenden Vertrag nicht für einen Lieferungsvertrag und dem Stempel von 1/8 Prozent nicht unterliegend, sondern nur für einen dem allgemeinen Fixstempel von 15 Sgr. unterworfenen Vertrag erachtet hat, die von der Cassations-

Digitized by Google

Klägerin bezeichneten gesetzlichen Bestimmungen nicht verletzt, und der Cassationsrekurs daher zurückzuweisen ist;

Aus diesen Gründen

verwirft das Königl. Ober-Tribunal, fünfter Civil-Senat (Rheinischer Senat), den Cassationsrekurs gegen das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Köln vom 12. Februar 1873 und legt der Cassationsklägerin die Kosten zur Last.

Sitzung vom 12. Mai 1874.

Ref.: H. G. O.-Tr.-Rath Bierhaus.
Concl.: H. Ob.-St.-Anwalt Dr. Oppenhoff.
Advokaten: Bussenius — Mecke.

Strafurtheil. — Deklaration des Inhalts. — Verfügung der Staatsanwaltschaft über den Beginn einer erkannten Freiheitsstrafe. — Beschwerde des Condemnaten.

Eine Deklaration des Inhalts eines gesprochenen Strafurtheils ist nach Rheinischem Prozeßrechte nicht zulässig.

Der Verurtheilte, welcher durch eine Anordnung der Staatsanwaltschaft über den Beginn der gegen ihn verhängten Freiheitsstrafe sich verletzt glaubt, kann seine desfallsige Beschwerde nur vor dem Gerichte, von welchem die Strafe definitiv erkannt worden, contradiktorisch mit der Behörde geltend machen, von welcher die angeblich verletzende Verfügung ausgegangen ist.

S. J. Loeff.

Der Angeklagte Sebastian Julius Loeff, geboren zu Berlin, zuletzt wohnhaft in Köln, ist durch Urtheil des Königl. Assisenhofes zu Köln vom 22. Juli 1872 wegen Urkundenfälschung zu einer Zuchthausstrafe von 18 Monaten, 100 Thlrn. Geldbuße eventuell 1 Monat fernerer Zuchthausstrafe verurtheilt. Durch Urtheil des Königl. Ober-Tribunals vom 3. Oktober 1872 wurde auf den Cassationsrekurs des Angeklagten die principale Freiheitsstrafe auf ein Jahr Zuchthaus herabgesetzt. Während der Angeklagte, welcher bereits am 17. Juni 1872 zur Untersuchungshaft gebracht worden war, jene Strafe verbüßte, hat derselbe sich mit einer Eingabe vom 27. April 1873 an das Königl. Ober-Tribunal, Rheinischen Senat, gewendet, in welcher er im Anschluß an die actennäßige Thatsache, daß nach einer Verfügung des Königl. Oberprokurators zu Köln an die dasige Strafanstalt sein Strafantritt erst vom 3. Oktober 1872 beginnen solle, im Wesentlichen vorbringt, daß ihm billig und im Geiste des §. 60 des Strafgesetzbuches die seit dem 17. Juni 1872 verbüßte Untersuchungshaft auf die Strafe anzurechnen sei, wozu sich nach der Ansicht des Gesuchstellers für das Königl. Ober.-Tribunal die Gelegenheit dadurch bietet, daß dasselbe unter Cassation des Urtheils des Assisenhofes vom 22. Juli 1872 eine selbstständige Entscheidung rücksichtlich der Strafhöhe getroffen habe. Jedenfalls müsse aber

Digitized by Google

der Strafantritt vom 22. Juli 1872 ab berechnet werden, weil Angeklagter mit seinem Cassationsrekurs durchgedrungen sei, keine klare Bestimmung vorhanden sei, wornach die Strafe erst nach der Erledigung des Cassationsrekurses ihren Lauf beginnen solle, und dem Angeklagten nach §. 2 des Strafgesetzbuches die mildeste Auffassung zu Statten komme.

Angeklagter bittet hiernach:

Das Königl. Ober-Tribunal wolle in der geeigneten Weise, eventuell durch Deklaration des Urtheils vom 3. Oktober 1872 feststellen, daß

principaliter unter Anrechnung der erlittenen Untersuchungshaft die Strafe vom Tage der Verhaftung, 17. Juni ab,

eventualiter aber und unzweifelhaft vom 22. Juli 1872 ab zu beginnen habe.

Urtheil.

J. E., daß dem in der Eingabe des Condemnaten Loeff vom 27. April laufenden Jahres an das Königl. Ober-Tribunal gerichteten Verlangen, im Wege der Deklaration seines Urtheils vom 3. Oktober 1872 den Beginn der darin ausgesprochenen Strafe vom 17. Juni, jedenfalls vom 22. Juli 1872 festzusetzen, nicht stattgegeben werden kann, da nach der Rheinischen Prozeßgesetzgebung die Deklaration des Inhalts eines gesprochenen Urtheils nicht zulässig ist;

J. E., daß zwar einem Condemnaten, wenn er sich durch eine Anordnung der Staatsanwaltschaft über den Beginn der gegen ihn verhängten Freiheitsstrafe beschwert glaubt, das rechtliche Gehör vor dem Richter zusteht, von welchem die Strafe definitiv erkannt wurde, (arg. des Art. 472 der B. Pr.-O.);

Daß aber der Anspruch auf dieses Gehör nur in einem contradictorischen Verfahren mit der Behörde zur Geltung gebracht werden kann, von welcher die angeblich verletzende Verfügung ausgegangen ist;

Daß der Condemnat diese Form nicht beobachtet hat, seine Eingabe vom 27. April cr. mithin auch hier eine Berücksichtigung nicht finden kann;

Aus diesen Gründen

erklärt das Königl. Ober-Tribunal, Senat für Strafsachen, zweite Abtheilung, den von dem Condemnaten Loeff in der Eingabe vom 27. April 1873 gestellten Antrag für unstatthaft.

Sitzung vom 10. Juli 1873.

Ref.: H. G. Ob.-Tr.-Rath Weisgerber.

Concl.: H. Ob.-St.-Anwalt Dr. Oppenhoff.

Digitized by Google

Zweite Abtheilung

B.

Landgerichtliche Entscheidungen, Ministerial-Rescripte und juristische Abhandlungen.

Digitized by Google

Digitized by Google

Jagd. — Wilde Kaninchen.

Die wilden Kaninchen gehören im Geltungsbereiche der General-Gouvernements-Verordnung vom 18. August 1814 zu den jagdbaren Thieren.

Oeffentl. Ministerium — Kuhlen.

Der Ackerer Heinrich Kuhlen wurde am 4. Juni 1873 in der dem Friedrich Klausen verpachteten München-Gladbacher Gemeindejagd betroffen, als er ohne Erlaubniß des Jagdpächters mit einem Gewehr auf Kaninchen jagte und auch ein solches bereits erlegt hatte. Auf den Antrag des Jagdpächters vor das Zuchtpolizeigericht zu Düsseldorf gestellt, wurde er durch Urtheil vom 7. Juli 1873 für überführt erklärt

> am 4. Juni 1873 in der Landgemeinde Gladbach in der von Friedrich Klausen angepachteten Jagd ohne dessen Erlaubniß und ohne sonstige Berechtigung außerhalb des öffentlichen zum gemeinen Gebrauche bestimmten Weges zur Jagd ausgerüstet betroffen worden zu sein,

und unter Anwendung des §. 368 Nr. 10 des Str.-G.-B. zu einer Geldbuße von 5 Thlrn. eventuell 2 Tage Gefängniß und in die Kosten verurtheilt, dagegen von der Beschuldigung

> an dem gedachten Tage in der von Friedrich Klausen angepachteten Jagd unberechtigt gejagt zu haben,

freigesprochen.

Die Zuchtpolizeikammer ging von der Erwägung aus, daß die Kaninchen nicht zu den jagdbaren Thieren gehören.

Auf die von dem Oeffentl. Ministerium eingelegte Berufung erkannte die Zuchtpolizei-Appellkammer reformatorisch wie folgt:

J. E., daß der erste Richter die Entscheidung der Frage, welche Thiere zu dem jagdbaren Wild gehören, für die Landestheile des linken Rheinufers zwar mit Recht in den Bestimmungen der in dieser Beziehung durch die spätere Gesetzgebung nicht aufgehobenen General-Gouvernements-Verordnung vom 18. August 1814 gesucht, jene Frage aber auf Grund dieser Verordnung bezüglich der Kaninchen mit Unrecht verneinen zu müssen geglaubt;

Daß in §. 7 alinea 8 jener Verordnung nämlich auch das Stellen der Schlingen, Schneusen und Fallen nach dem in der Wildprettaxe bezeichnetem Wildpret als Jagdfrevel mit Strafe bedroht und demnächst in jener der Verordnung beigefügten Wildprettaxe *) ausdrücklich auch „das wilde Kaninchen" aufgeführt ist, und dasselbe somit unbedenklich als jagdbares Wild im Sinne jener Verordnung erachtet werden muß; **)

---

*) Die Wildprettaxe ist abgedruckt in Scotti Sammlung für Jülich-Cleve-Berg Nr. 3618. In der Sammlung von Lottner Band I. Nr. 114 ist sie bei dem Abdrucke der General-Gouvernements-Verordnung, obwohl sie einen wesentlichen Bestandtheil derselben bildet, nicht mit abgedruckt.

**) Für die Jagdbarkeit der wilden Kaninchen auf dem rechten Rheinufer in den vormals bergischen Landestheilen ist die nachstehende Bestimmung der Jülich-Bergischen Polizei-Ordnung s. v. Vom Jagen „Weidwerk" von Bedeutung:

Digitized by Google

Daß die Jagdbarkeit des Kaninchens übrigens auch von dem Jagdpolizei-Gesetze vom 7. März 1850 unterstellt wird, indem letzteres in §. 23 den Besitzer eines Grundstückes, auf welchem sich diese Thiergattung bis zu einer der Feld- und Gartencultur schädlichen Menge vermehrt, indem es ihn bezüglich der Abwendung des Wildschadens mit dem Besitzer des einem Forste benachbarten Grundstückes hinsichtlich des auf letzteres austretenden Wildes auf gleiche Linie stellt, nur mit spezieller Erlaubniß des Landrathes und nach vorgängiger fruchtloser Aufforderung des Jagdpächters zum Fangen und Abschießen der Kaninchen befugt, und in diesem Falle die erlegten oder gefangenen Kaninchen dem Jagdpächter gegen Bezahlung des ortsüblichen Schußgeldes zu überlassen verpflichtet erklärt, welche Bestimmungen die Annahme der Eigenschaft des Kaninchens als eines jagdbaren Thieres unverkennbar nothwendig zur Voraussetzung haben;

Daß Appellat daher, da derselbe nach seinem Geständnisse und der eidlichen Aussage des in der ersten Instanz vernommenen Zeugen Pilatus am 4. Juni dieses Jahres in einem zu dem dem Friedrich Klausen verpachteten München-Gladbacher Jagddistrikte gehörigen Busche ohne Erlaubniß des Jagdberechtigten oder sonstige Befugniß mit einem Gewehre auf Kaninchen gejagt und ein solches erlegt hat, sich nach §. 292 des Reichs-Str.-G.-B. strafbar gemacht hat;

Daß auch der dieserhalb gegen ihn eingeleiteten Verfolgung der Antrag des genannten Jagdberechtigten zu Grunde liegt;

Aus diesen Gründen

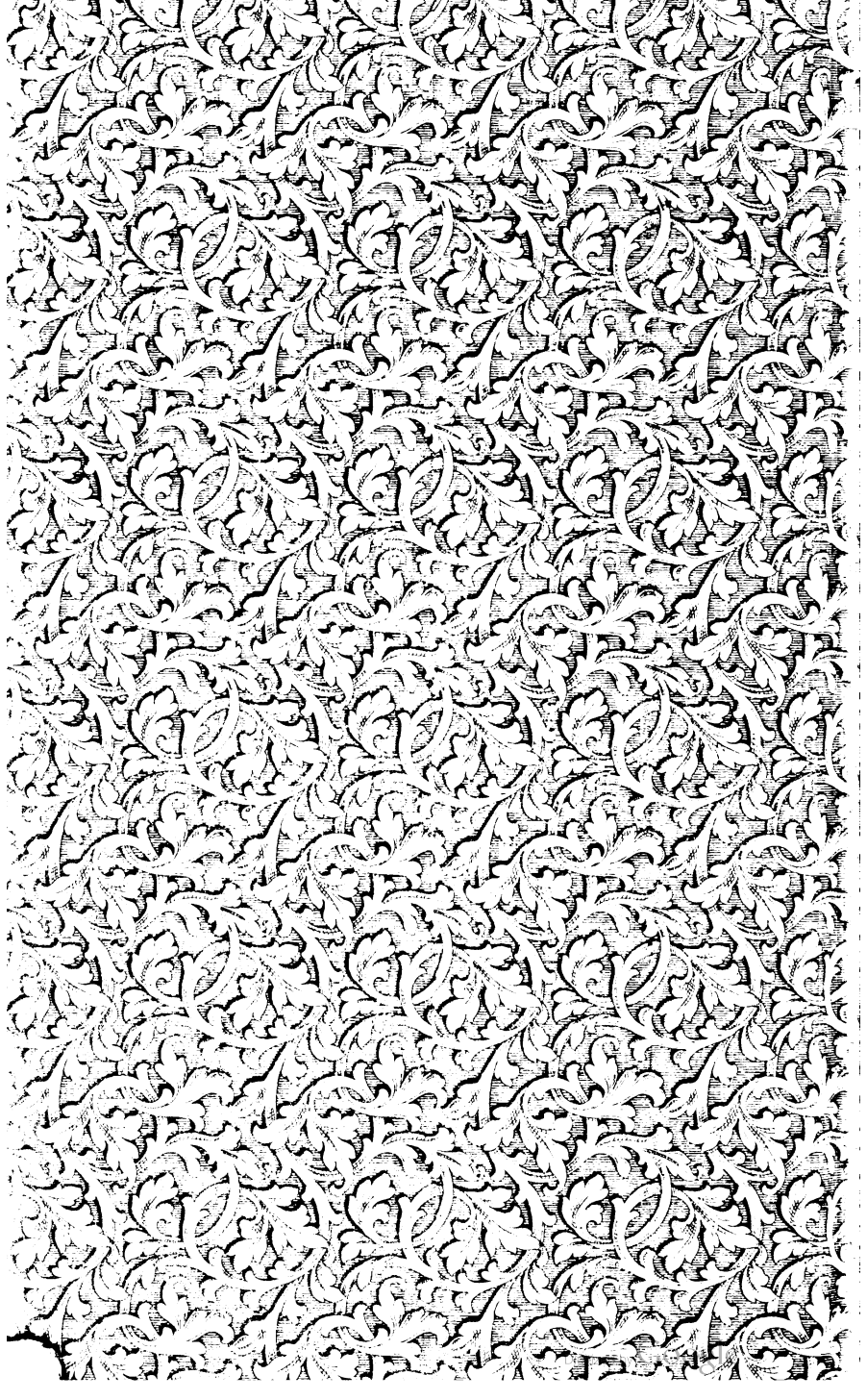
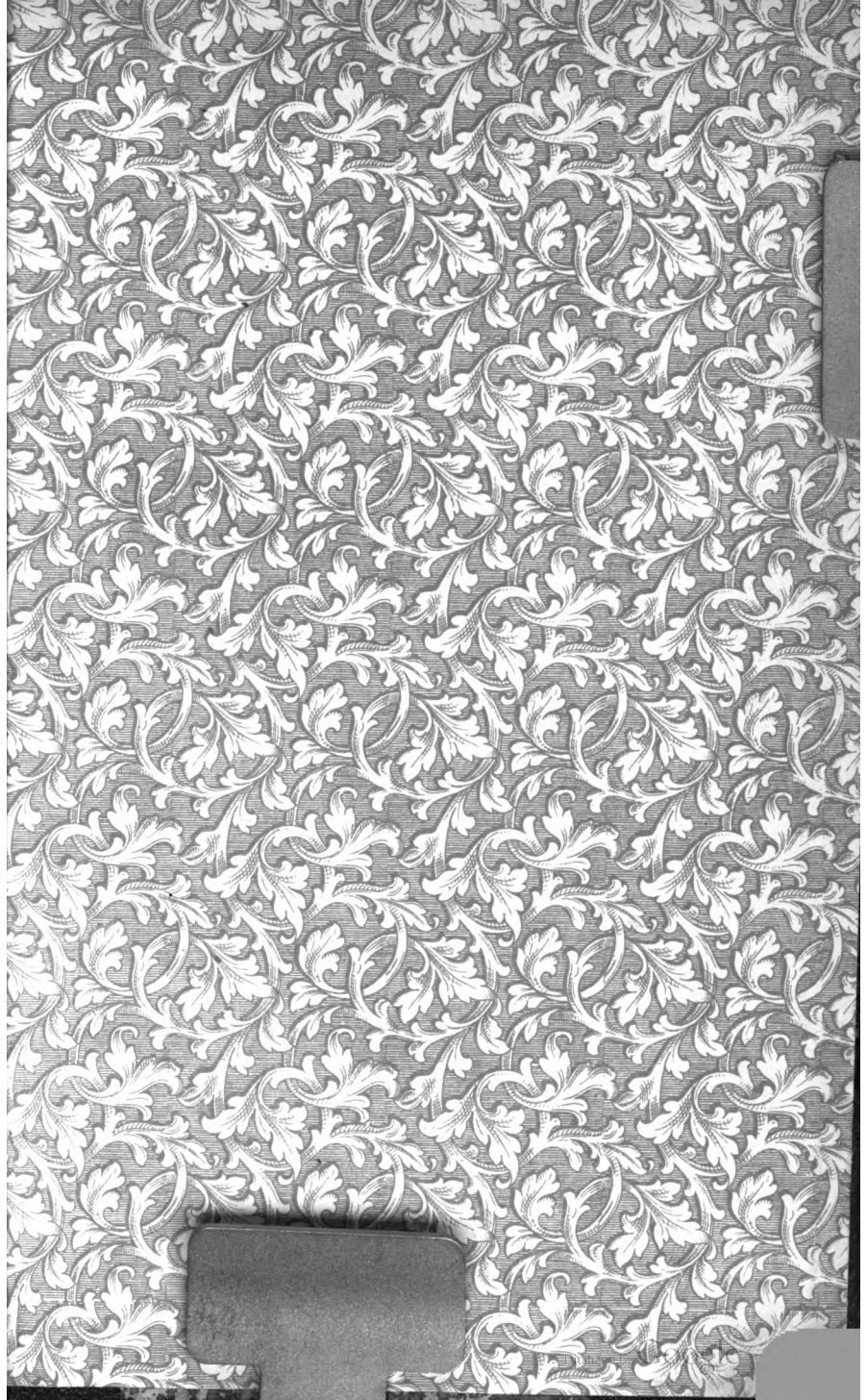
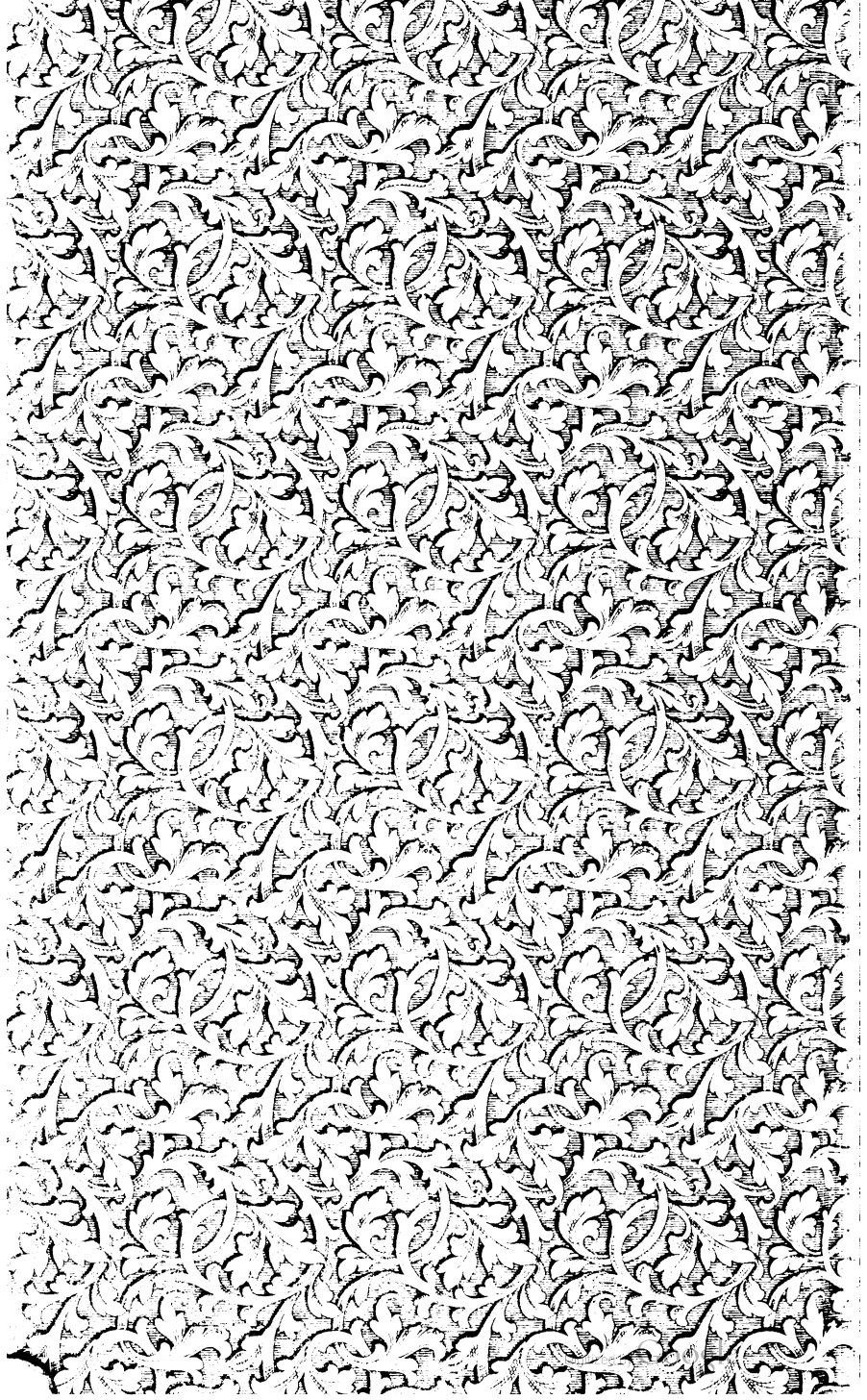
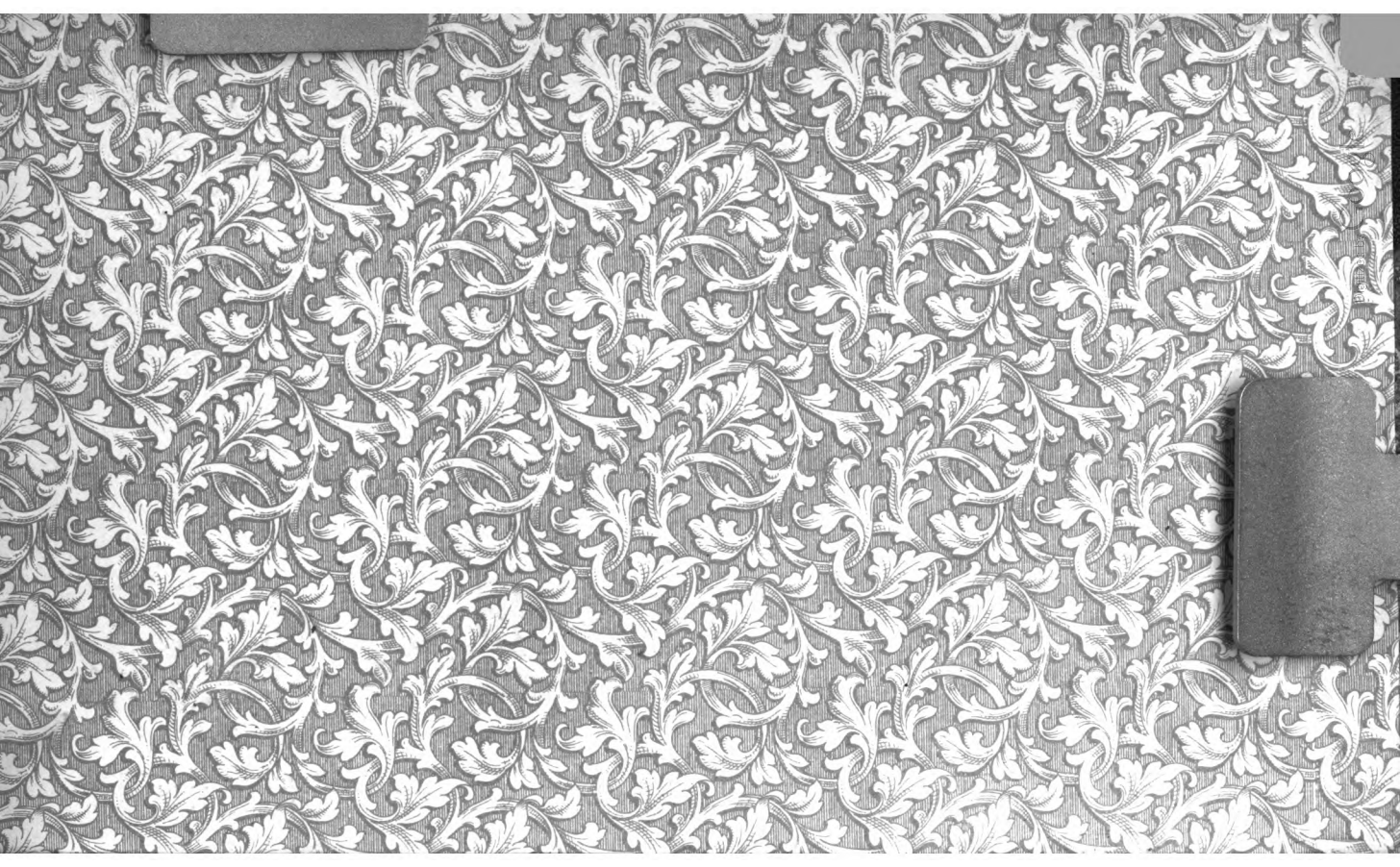
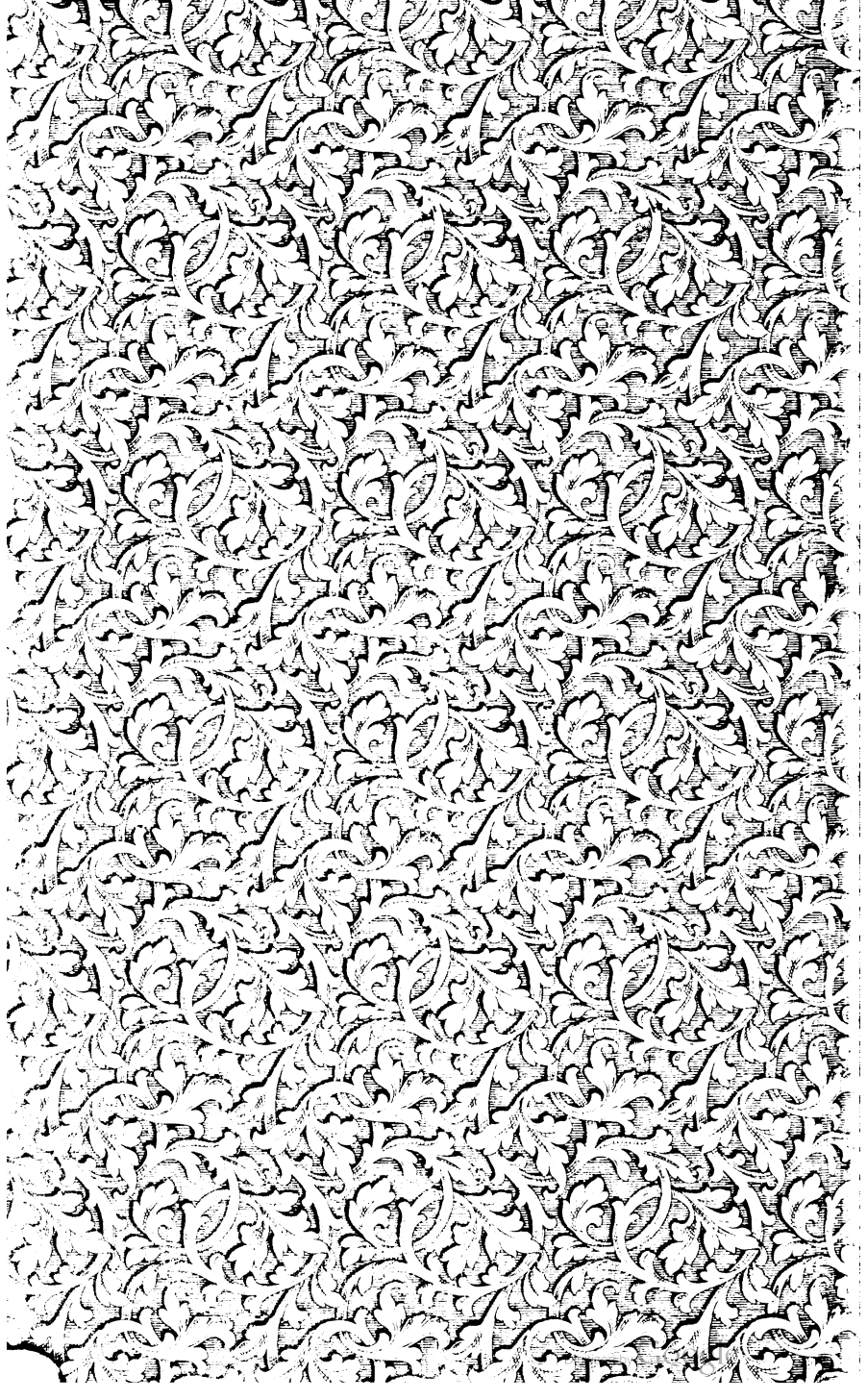
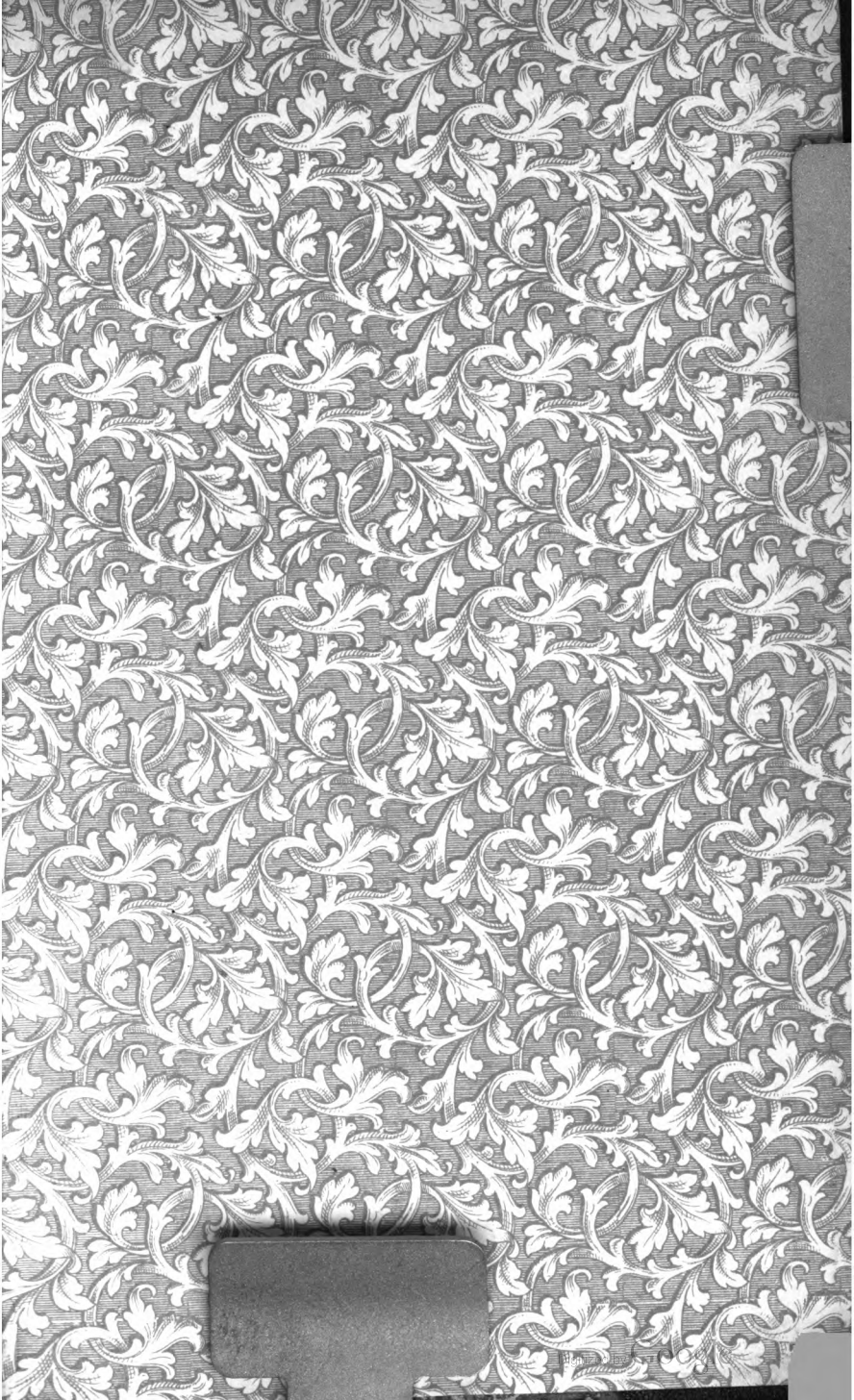
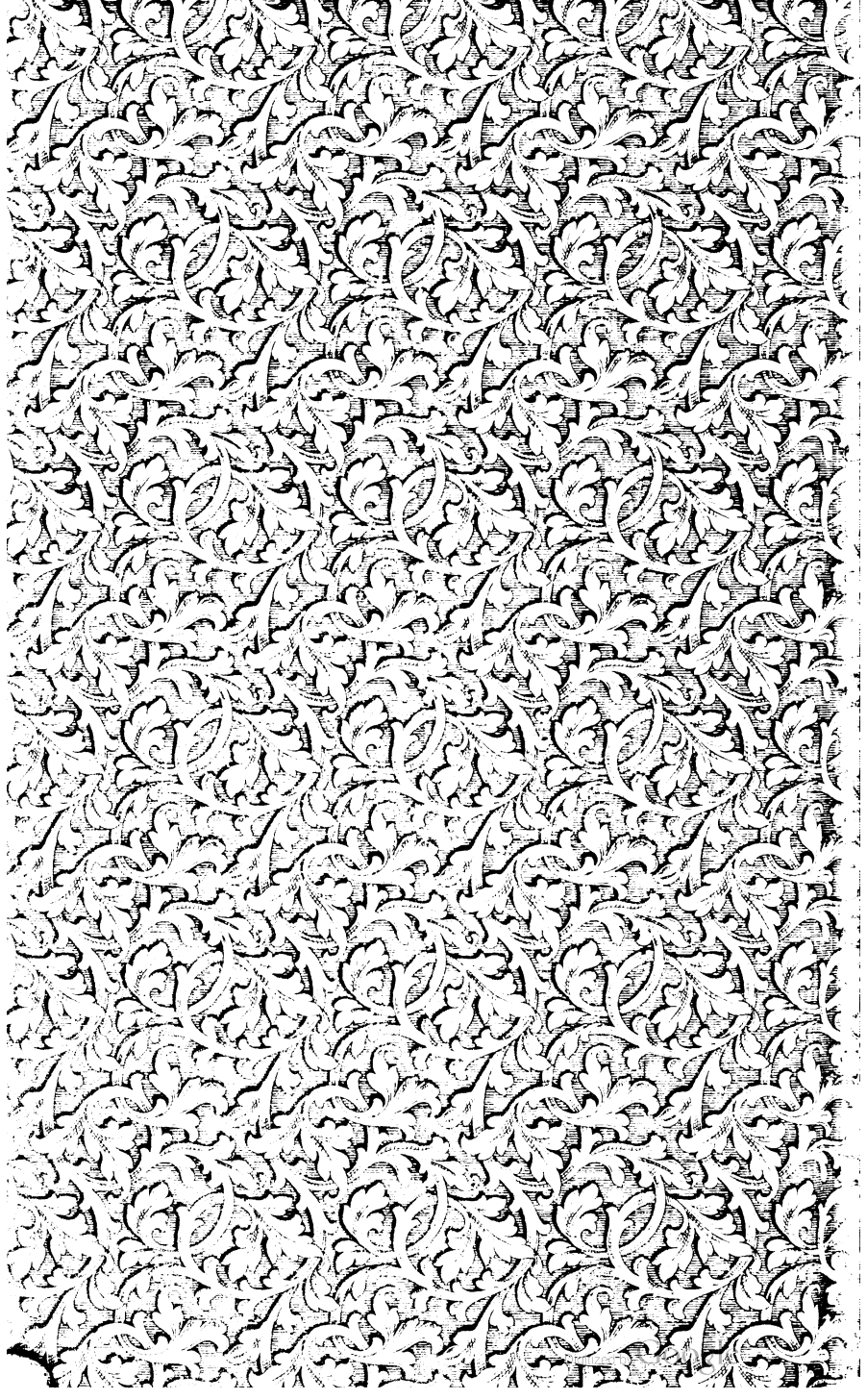
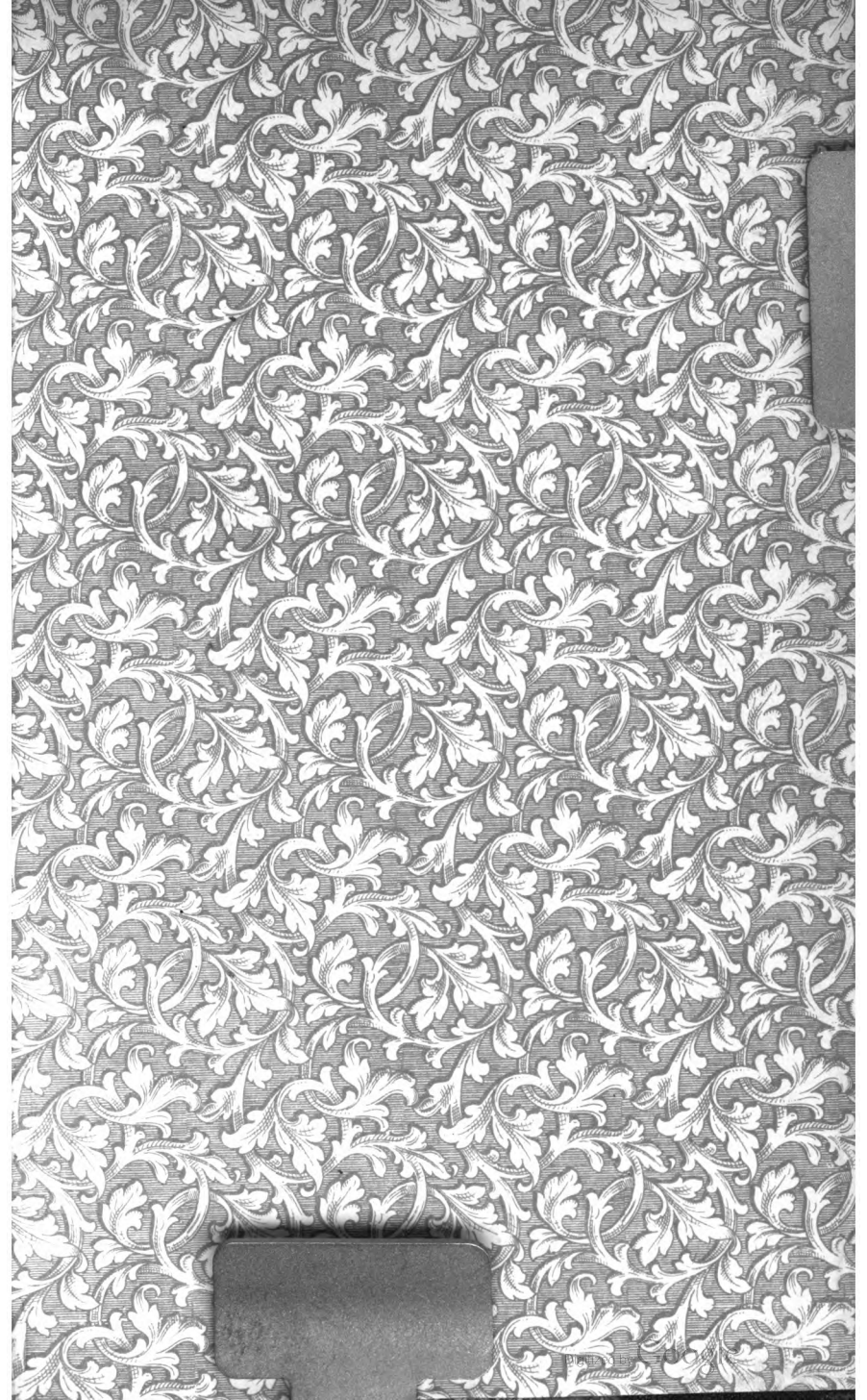
und nach Einsicht der §§. 292, 295, 28, 29 des Reichs-Str.-G.-B. und Art. 149 der Str.-Pr.-O. hebt die correctionelle Appellkammer des Königl. Landgerichtes das Urtheil der Zuchtpolizeikammer vom 7. Juli dieses Jahres auf, erklärt an dessen Stelle erkennend, den Appellaten Heinrich Kuhlen überführt:

am 4. Juni dieses Jahres in der Landgemeinde München-Gladbach in dem von Heinrich Klausen gepachteten Jagdbezirke, in welchem er zu jagen nicht berechtigt war, die Jagd ausgeübt zu haben,

verurtheilt denselben zu einer Geldstrafe von 5 Thlrn. eventuell zu einer Gefängnißstrafe von 2 Tagen, verfügt die Einziehung des in Beschlag genommenen Gewehres und legt dem Appellaten die Kosten beider Instanzen zur Last.

Urtheil der Zuchtpolizei-Appellkammer zu Düsseldorf vom 12. September 1873.

Gleichfalls daß auch Niemandt in und umb unsern Wildtbann jage, auch alle andere, sie seien geistlich oder weltlich, unsere Diener oder andere, die nicht von Ritterschaft oder des nicht sonderlich privilegirt, sich alles Jagens, auch mit Hasen, Canin und Velthöner enthalten. Desgleichen niemandt auf unsern Wrangen die Canin fangen, anders als derjenige, dem Wir es befehlen oder zu thun vergönnt. Daß aber sonst unsere Ritterschaft Hasen und Velthöner umb ihre Häuser, da sie wohnen, desgleichen die Canin daselbst auf ihrem Erb fangen, mögen Wir erleiden, daß solches wie an einem jeden Ort von Alters herkommen und gewöhnlich gehalten werde.

Digitized by Google

Digitized by Google